



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO



Universität  
Augsburg  
University

Corso di Dottorato in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo - XXXII Ciclo  
Curriculum in Diritto costituzionale - IUS/08  
Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht  
Universität Augsburg

**La modulazione temporale degli effetti delle  
sentenze di incostituzionalità della Corte  
costituzionale: un'analisi alla luce dell'esperienza  
tedesca**

**Die Handhabung der Wirkungen der  
Verfassungswidrigkeitserklärungen der Corte  
costituzionale: eine Untersuchung angesichts der  
deutschen Erfahrung**

Dott.ssa Nannerel Fiano  
Matricola n. R11663 / n. 1529511

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Marilisa D'Amico e Chiar.mo Prof. Ferdinand Wollenschläger

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno accademico 2018/2019

## Ringraziamenti

Desidero ringraziare i miei due Tutor di Dottorato, la Prof.ssa D'Amico e il Prof. Wollenschläger, per avermi stimolato ad affrontare questo viaggio di ricerca tra Italia e Germania.

Ringrazio con grande affetto e profonda stima la mia maestra Prof.ssa Marilisa D'Amico, perché i suoi studi, i suoi scritti e le sue appassionate e originali riflessioni mi hanno spinto verso i suggestivi lidi della giustizia costituzionale e del diritto costituzionale, trasmettendomi la bellezza del diritto e dei diritti, in tal modo dandomi la possibilità di conoscere ogni giorno di più quello che è l'orgoglio più grande e prezioso dell'Italia repubblicana e antifascista, la nostra Costituzione.

Ringrazio con molta riconoscenza e grande stima il Prof. Wollenschläger per avermi accompagnato con estrema disponibilità e gentilezza nel percorso di co-tutela, in tal modo regalandomi consigli e suggerimenti preziosissimi per approfondire l'intrigante tema della modulazione degli effetti temporali nell'ordinamento tedesco.

Ringrazio inoltre di cuore la mia squadra, composta da splendidi Professori e Colleghi.

Grazie a loro per il costante supporto, per l'affetto, per l'amicizia, per l'umanità.

Ich danke meinen beiden Tutoren, Prof. D'Amico und Prof. Wollenschläger dafür, dass sie mich zu dieser Forschungsreise zwischen Italien und Deutschland angeregt haben. Ich danke mit großer Zuneigung und tiefer Wertschätzung meiner Professorin Marilisa D'Amico, weil ihre Studien, ihre Schriften und ihre leidenschaftlichen und originellen Reflexionen mich auf das Gebiet der Verfassungsjustiz und des Verfassungsrechts getrieben haben. Sie hat mir die Schönheit des Rechts und der Rechte vermittelt und mir die Möglichkeit gegeben, jeden Tag mehr über den größten Stolz und wertvollsten Schatz des antifaschistisch-republikanischen Italiens, unsere Verfassung, zu erfahren. Ich danke Prof. Wollenschläger von Herzen und mit Wertschätzung dafür, dass er mich mit großer Bereitschaft und Freundlichkeit auf dem Weg der Cobetreuung begleitet hat und mir damit wertvolle Hinweise und Anregungen zur Vertiefung des spannenden Themas der Handhabung zeitlicher Wirkungen im deutschen Rechtssystem gegeben hat. Ich möchte auch meiner Mannschaft danken, den wunderbaren Professoren und Kollegen.

Ich danke allen für die ständige Unterstützung, für die Zuneigung, für die Freundschaft, für die Menschlichkeit.

## Indice

Abstract in italiano	6
Abstract in tedesco	7
Introduzione	45

### Capitolo I. La disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento

1. Il ritorno a Kelsen per la riscoperta di possibili nuovi orizzonti praticabili dal Giudice costituzionale: la modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento e il rapporto con il legislatore	48
2. Lo stato dell'arte: una Corte costituzionale "flessibile" e lontana dall'impalcatura originaria degli effetti delle sentenze di accoglimento	51
3. La disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento: l'art. 136 Cost. in Assemblea Costituente nei suoi passaggi fondamentali. Alcuni spunti rispetto alla prassi temporalmente manipolativa tedesca	54
3.1. La proposta di Perassi: una modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità <i>ante litteram</i> ?	60
3.2. L'art. 136 Cost. nella dimensione temporale	62
3.3. L'art. 136 Cost. nella dimensione spaziale	69
4. La "rivoluzione" rappresentata dalla l. cost. n. 1 del 1948	71
5. L'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento: l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953	74
6. La norma incostituzionale nella dimensione temporale: nullità o annullabilità? Una riflessione a partire dal modello americano e da quello austriaco. Cenni alla natura delle sentenze di accoglimento	83
7. Primi cenni intorno all'ammissibilità di un Giudice delle leggi "gestore" degli effetti delle proprie decisioni	89
8. Il giudice amministrativo è gestore degli effetti nel tempo?	93

### Capitolo II. La prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale

1. Una presa di posizione: il timore delle "conseguenze" derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità e il governo degli effetti nel tempo	100
2. I tentativi di riforma della disciplina della declaratoria di incostituzionalità	109
3. Una Corte costituzionale che interviene e supera i "limiti tradizionali" della giustizia costituzionale...oltre la gestione delle regole procedurali del processo costituzionale	112
4. La forma delle tecniche decisorie con cui il Giudice delle leggi manipola gli effetti della declaratoria di incostituzionalità "verso il passato"	119
5. Le ragioni poste alla base della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento con riferimento al passato	122

5.1 Le prime decisioni temporalmente manipolative dell'efficacia "verso il passato"	126
5.2 L' <i>horror vacui</i> e la manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità "verso il passato"	131
5.2.1. <i>Focus</i> : La sent. n. 1 del 2014: rilevanza "bilanciabile" e <i>horror vacui</i>	135
5.2.2. A margine della sent. n. 1 del 2014	138
6. L'equilibrio di bilancio quale antagonista dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento	139
6.1. <i>Focus</i> : La sent. n. 10 del 2015: un <i>unicum</i> nella storia della giustizia costituzionale	146
6.2 La ribellione del giudice <i>a quo</i> a fronte del differimento dell'efficacia retroattiva contraddistinto dalla clausola di irretroattività	155
6.3 Una Corte costituzionale incoerente? Il caso "isolato" della sent. n. 10 del 2015 e la giurisprudenza successiva	157
7. Una riflessione sulla manipolazione nel tempo: i poteri istruttori della Corte costituzionale	165
8. Lo spostamento del <i>dies a quo</i> : le ragioni alla base della prassi temporalmente manipolativa verso il futuro	169
9. Gli strumenti volti a spostare nel futuro il <i>dies a quo</i> : le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata	171
9.1. Lo spostamento del <i>dies a quo</i> : le sentenze additive di principio	178
9.2. Lo spostamento del <i>dies a quo</i> : i moniti e la modulazione "fantasma" ad essi sottesa	190
9.3. A proposito di moniti ... rafforzati: Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore alla luce dell'ordinanza n. 207 del 2018	198

### Capitolo III. L'esperienza tedesca: pregi e nodi problematici

1. La <i>ratio</i> di un raffronto tra la " <i>alternative Tenorierung</i> " del BVerfG e la "giurisprudenza temporalmente manipolativa" della Corte costituzionale	207
1.1. La <i>ratio</i> del confronto: due esempi recenti	210
1.2. La problematica di un raffronto tra l'esperienza italiana e quella tedesca	213
1.3. L'obiettivo del raffronto con le <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i>	217
2. La <i>Nichtigkeitslehre</i> e la teoria dell'annullabilità.	217
2.1. La nullità <i>ipso iure</i> : il dogma	219
2.2. La teoria della nullità nella Costituzione	222
2.3. La nullità della norma incostituzionale e la fonte primaria: l'art. 78 del BVerfGG	224
2.4. Il profilo della flessibilizzazione degli effetti della decisione alla luce della nullità <i>ipso iure</i>	225
2.5. La teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale	226
3. Le conseguenze della dichiarazione di nullità (§ 79 BVerfGG)	229
3.1. Le proposte di modifica degli effetti della <i>Nichtigkeitserklärung</i> .	231
4. Le <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i>	233
4.1. Il fondamento e la legittimazione delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i>	233
4.2 L'art. 79 I del BVerfGG e l'art. 31 II BVerfGG: La rivoluzione della quarta legge di modifica del BVerfGG	237
4.3. L'art. 31 del BVerfGG.	238

4.4. L'art. 35 del <i>BVerfGG</i>	238
5. Il problema dell'individuazione di una casistica delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> : la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica	241
5.1. Esiste un <i>numerus clausus</i> dei casi di applicazione delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> ?	245
6. Le sottocategorie delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i>	245
6.1. La sentenza di incompatibilità “pura”	245
6.2. La <i>Unvereinbarkeitserklärung</i> e la c.d. <i>weitere Anwendbarkeit</i> della norma dichiarata incompatibile	248
6.2.1. Il fondamento della c.d. <i>Fortgeltungsanordnung</i>	250
6.2.2. Il <i>punctum dolens</i> insito nella motivazione delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> , soprattutto con riferimento a quelle integrate dalla <i>Fortgeltungsanordnung</i>	254
6.3. La decisione di incompatibilità integrata da una <i>Übergangsregelung</i>	255
7. I campi applicativi delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i>	260
7.1. La violazione del principio di uguaglianza e la tutela della sfera discrezionale del legislatore	260
7.1.1. L'adozione della <i>Nichtigkeitserklärung</i> in caso di violazione del principio di uguaglianza	263
7.2. La c.d. <i>Chaos-Theorie</i> .	263
7.2.1. Certezza giuridica .... una categoria elastica	267
7.2.2. La tutela del benessere comune e le <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> integrate dalla <i>Fortgeltungsanordnung</i>	269
7.3. Il <i>BVerfG</i> e il diritto penale	270
7.4. Il <i>topos</i> della pianificazione finanziaria e di bilancio	274
7.5. Le <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> dinnanzi all'omissione legislativa	276
7.6. Un criterio di natura residuale: la sfera discrezionale del legislatore	278
8. Le conseguenze delle dichiarazioni di incompatibilità: una panoramica generale	279
8.1. Le conseguenze derivanti dall'obbligo di riforma della disciplina incompatibile: la c.d. <i>Nachbesserungspflicht</i>	280
8.2. Le conseguenze specifiche delle dichiarazioni di incompatibilità	284
9. La dimensione temporale delle <i>Unvereinbarkeitserklärungen</i> : uno strumento decisionale flessibile.	288

## Capitolo IV. Considerazioni conclusive alla luce dell'esperienza tedesca

1. Il rapporto con il legislatore tra l'esperienza italiana e quella tedesca	307
2. Il rispetto della discrezionalità legislativa tra l'esperienza italiana e quella tedesca	312
3. La necessità di evitare “conseguenze eccessive”: l'esperienza italiana e quella tedesca a confronto	314
4. Una nuova dogmatica della “tenuta costituzionale” dell'ordinamento giuridico? Riflessioni sull'esperienza tedesca	317
5. Necessità di riforma della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento. Quali modalità?	322
Bibliografia	328

## Abstract in italiano

La presente tesi affronta il tema della modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale intrecciandolo con l'analisi dell'esperienza tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, le quali costituiscono lo strumento privilegiato con cui il *Bundesverfassungsgericht* modula nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

L'analisi congiunta del modello italiano e tedesco consente di valutare sotto un diverso angolo prospettico la questione relativa ai limiti dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento, la quale ha interessato l'attività della Consulta sin dai primissimi anni della sua attività.

Nel primo capitolo della tesi verrà analizzata la disciplina relativa agli effetti delle sentenze di accoglimento, ragionando in particolar modo sul principio di retroattività che presidia la declaratoria di incostituzionalità; nel secondo capitolo, verrà dedicato ampio spazio alla prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale, evidenziandone le esigenze sottese e i relativi nodi problematici.

Il terzo capitolo ospiterà una ricognizione delle decisioni di incompatibilità tedesche: l'analisi, che prenderà le mosse da una riflessione sul dogma della nullità e dell'annullabilità della norma incostituzionale, interesserà non solo le ragioni che conducono il *Bundesverfassungsgericht* a scindere il momento dell'accertamento da quello della declaratoria dell'incostituzionalità, ma anche gli effetti che si ricollegano alle diverse varianti decisionali delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. Infine, l'ultimo capitolo sarà dedicato ad un raffronto tra l'esperienza temporalmente italiana e quella tedesca: esso si strutturerà principalmente intorno al profilo relativo al rapporto tra Giudice costituzionale e legislatore, ovverosia il perno intorno al quale si muove (o, meglio, dovrebbe muoversi) la giurisprudenza temporalmente manipolativa.

## **Abstract in tedesco**

In dieser Doktorarbeit wird das Thema der Handhabung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit der vom Verfassungsgerichts getroffenen Annahmeerurteile (die „sentenze di accoglimento“) mit besonderer Beachtung der Steuerung der zeitlichen Rechtswirkungen durch das Bundesverfassungsgericht untersucht.

Vor der Erläuterung des Inhalts dieser Doktorarbeit erscheint es mehr als notwendig, einleitend kurz die Gründe für diese Überlegung zur deutschen Praxis hervorzuheben.

In diesem Sinn ist die Behauptung des Verfassungsrichters Lattanzi zur Rechtsprechung im aktuellen Fall „Cappato“ von großer Bedeutung: Es geht hier im Wesentlichen um die Ähnlichkeit des Typs der vom Verfassungsgericht getroffenen Entscheidung mit dem der deutschen Unvereinbarkeitsentscheidungen, die Hauptthema dieser Untersuchung sind, und zwar nicht nur, da diese einen zeitlichen Aufschub der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung (wenn auch auf eine ganz eigne Art) verfügen, sondern auch weil sie, wie in der deutschen Rechtslehre bestätigt, ein wichtiges Mittel zur Untersuchung der Beziehungen zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber darstellen.

Auf der Ebene der Rechtslehre stellen die deutschen Unvereinbarkeitserklärungen den Gegenstand eines erneuten Interesses heute und sorgfältiger Untersuchungen in der Vergangenheit dar: In diesem Sinn ist das Studienseminar über die Modulation der Rechtswirkungen der von demselben Verfassungsgericht gefassten Annahmesprüche, bei denen die maßgebliche Rechtslehre die typischen Merkmale der Unvereinbarkeitsentscheidungen untersuchte, um eine mögliche Übertragung in die Sammlung der Entscheidungshilfen des Verfassungsgerichts zu erwägen, von Bedeutung. Bei jener Gelegenheit wurden viele Probleme eines solchen Entscheidungstyps vorgebracht: Insbesondere betrafen diese erstens die Schwierigkeit, ihre konkreten Rechtswirkungen zu erkennen, zweitens die Schwierigkeit, ihr in dem untätigen italienischen Parlament Folge zu leisten und drittens die abweichende Rolle, die das Bundesverfassungsgericht innerhalb der deutschen Regierungsform innehat.

Es handelt sich um drei im letzten Teil dieser Doktorarbeit untersuchte Punkte, die in der Tat nicht wenige Probleme aufwerfen, vor allem angesichts der Aufnahme durch das Verfassungsgericht einiger Urteile, die unter verschiedenen Aspekten den deutschen Unvereinbarkeitserklärungen ähneln.

Dabei handelt es sich insbesondere um die Urteile Nr. 243 von 1993, Nr. 170 von 2014, Nr. 10 von 2015 und Nr. 207 von 2018.



Ein enger Vergleich mit der *Ratio* und den Problempunkten der deutschen Unvereinbarkeitserklärungen ist somit nützlich, nicht nur, um deren möglichen Chancen in der italienischen Verfassungsrechtsprechung zu erwägen, sondern auch, um eine noch offene Frage zu erörtern, die das Verfassungsgericht seit Anbeginn ihrer Tätigkeit als Hüter des Grundgesetzes betrifft.

Nach dieser Einleitung wird im ersten Kapitel der Doktorarbeit die gesetzliche Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile untersucht; das zweite Kapitel ist der Analyse der zeitlich handhabenden Praxis des Verfassungsgerichts gewidmet.

Das dritte Kapitel ist der deutschen Praxis der Unvereinbarkeitserklärungen gewidmet, während im vierten Kapitel die wichtigsten Punkte der Vergleichsstudie zwischen der zeitlich steuernden italienischen und der deutschen Praxis behandelt werden.

Die Wahl eines solchen Aufbaus erklärt sich angesichts der Möglichkeit einer Analyse *ex ante* der mit der Handhabung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile verbundenen Problempunkte, um dann das Verständnis *ex post* der Gründe, die diese Doktorarbeit zu einer Untersuchung der „flexiblen“ Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* geführt haben, zu erleichtern. Im letzten Kapitel schließlich wird versucht, einige Aspekte, die mit den heutigen Schwierigkeiten der zeitlich steuernden Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zu tun haben, nach der Logik von Ähnlichkeit und Gegensatz hervorzuheben, darunter insbesondere die Beziehung zwischen Verfassungsorgan und Legislativorgan.

Das erste Kapitel ist vollkommen der Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile gewidmet, die, wie bereits angedeutet durch Art. 136 des ital. GG, Art. 1 des ital. Verfassungsgesetzes Nr. 1 von 1948 und Art. 30, 3. Abs. des ital. Gesetzes L. Nr. 87 von 1953 vorgegeben sind. Das Kapitel ist in acht Abschnitte unterteilt, die teilweise auf den Entscheidungstyp der Unvereinbarkeitserklärungen Bezug nehmen.

Der 1. Abschnitt (*Rückkehr zu Kelsen zur Neuentdeckung möglicher, vom Verfassungsgericht umsetzbarer Perspektiven: Die Handhabung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile im Verlauf der Zeit und die Beziehung zum Gesetzgeber*) ist einführend der These Kelsens hinsichtlich der Beziehung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber gewidmet, in Anbetracht der Tatsache, dass, wie im letzten Kapitel erläutert, gerade die Rückkehr zum Ursprung und somit zur Lehre Kelsens bezüglich der Wirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung in dieser Doktorarbeit (mit der erforderlichen Vorsicht) als wünschenswert angesehen wird.

Während im 2. Abschnitt (*Der heutige Stand: ein „flexibles“ Verfassungsgericht, fern vom ursprünglichen Gerüst der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile*) eine zum Teil die Erläuterungen des zweiten Kapitels vorwegnehmende Überlegung zu einem Verfassungsgericht, das „fern“ vom ursprünglichen Gerüst der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile ist, wird im 3. Abschnitt (*Die Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile: Grundgedanken des Art. 136 ital. GG der*



*verfassungsgebenden Versammlung. Einige Anregungen zur zeitlich handhabenden deutschen Praxis*) versucht, zum Kern des Art. 136 der ital. GG vorzudringen, wo im ersten Absatz Folgendes vorgesehen ist: „Wenn das Gericht die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Vorschrift oder einer gesetzeskräftigen Maßnahme erklärt, endet deren Wirksamkeit ab dem Folgetag der Veröffentlichung der Entscheidung“.

Im Verlauf des Abschnitts wird versucht, einen Überblick der wichtigsten Entwürfe bezüglich des ursprünglichen Art. 136 ital. GG zu liefern, wobei der Entwurf der Abg. Mortati, Ruini, Cappi, Ambrosini und Leone kurz untersucht wird.

Besonders interessant ist, auch zum Zweck einer Vergleichsstudie mit den deutschen Unvereinbarkeitserklärungen, der Entwurf des Abg. Calamandrei, der vorschlug, die Legislativorgane sollten im Anschluss an die Aufnahme eines Annahmeurteils sofort das Verfahren zur Gesetzesänderung einleiten, sodass sich, wenn auch mit der erforderlichen Vorsicht eine charakteristische Form der dem Legislativorgan zukommenden „Nachbesserungspflicht“ abzeichnet.

Abschnitt 3.1. (*Der Vorschlag Perassis: eine Modulation der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung ante litteram?*) konzentriert sich in Übereinstimmung mit der deutschen Praxis auf den Vorschlag des Abg. Perassi, der vorsah, die Wirksamkeit des als verfassungswidrig erklärten Gesetzes sollte ab der Veröffentlichung erlöschen, außer bei Bedürfnis des Gerichts eine andere Wirkungsfrist (in jedem Fall nicht über sechs Monate) zu bestimmen; in diesem Sinn ist der Vorschlag des Abg. Perassi der österreichischen (und zum Teil der deutschen) Praxis ähnlich, und zwar einer Fristsetzung mit dem Ziel einer nützlichen Zusammenarbeit zwischen Verfassungsgericht und Legislativorgan.

Perassi behauptete, dass „beim Erlöschen der Wirksamkeit einer gesetzlichen Vorschrift in bestimmten Fällen heikle Situationen auftreten können, da das Erlöschen dieser Vorschrift möglicherweise Probleme mit sich bringt, wenn man nicht vorsorgt“. Die Annäherung an eines der wichtigsten Anwendungsgebiete der Unvereinbarkeitsentscheidungen, d. h. dem auf dem Argument der rechtlichen Folgen begründeten, ist in diesem Sinne eine unvermeidliche Pflicht. Gleichfalls interessant erscheint die Entgegnung auf die Voraussicht einer solchen Lösung durch den Abg. Ruini, der erklärte, eine derartige Regelung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung würde praktisch eine Situation voller übermäßig belastender Folgen hervorrufen, in der insbesondere die Gerichte fortfahren würden, „eine verfassungswidrige Norm anzuwenden“. Daher die Bedeutung, die der durch die mit *Fortgeltungsanordnung* ergänzten Unvereinbarkeitsentscheidungen dargestellte Problempunkt hat. In Abschnitt 3.2 (*Zeitlicher Rahmen des Art. 136 ital. GG*) wird versucht, Art. 136 ital. GG innerhalb seines zeitlichen Rahmens zu untersuchen.

In Kürze: Während der wortwörtliche Gehalt der besagten Verfügung sich anscheinend (nach einem Teil der Rechtslehre) auf eine lediglich zielgerichtete Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung bezieht, stellt dieser doch, nachdem er sich durch Art. 1 des ital. Verfassungsgesetzes Nr. 1 von 1948 und Art. 30 des ital. Gesetzes L. Nr. 87 von 1953 gefestigt hatte, die verfassungsrechtliche Verfügung dar, auf die sich die *ex tunc*-Wirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung gründet.

Andererseits wäre es, wie ein anderer Teil der Rechtslehre behauptet, an und für sich nicht folgerichtig, ein System der Rechtswirkungen zu erfinden, das nur *ex nunc*-Wirkung hat, um dann anschließend den Richtern die Nichtanwendung des verfassungswidrigen Gesetzes „mit Wirkung lediglich nach eigenem Urteil“ anzuvertrauen.

In Abschnitt 3.3 (*Räumlicher Rahmen des Art. 136 ital. GG*) wird ein weiterer, an die Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung gebundener Punkt untersucht, nämlich die „räumliche“ Ausdehnung der Wirksamkeit von Art. 136 ital GG.

Außer der allgemein verbindlichen Wirksamkeit der Annahmeerurteile, an welche die Untersuchung der von den Verfassungsgebenden gewählten Art der Normenkontrolle anknüpft, wird der mit der gerichtlichen oder gesetzgebenden Art der Verfassungswidrigkeitserklärung verbundene Rechtslehredisput, an den die „allgemeine“ Wirksamkeit derselben unvermeidlich anknüpft, kurz untersucht.

Während in den letzten vier Abschnitten der Art. 136 der ital. GG allein im Mittelpunkt steht, ist der 4. Abschnitt (*Die „Revolution“ des ital. Verfassungsgesetzes Nr. 1 von 1948*) vollständig der „Revolution“ gewidmet, welche das ital. Verfassungsgesetz Nr. 1 von 1948 darstellt.

Für diese „Revolution“ (oder besser die Spezifikation) ist der erste Artikel des besagten Gesetzes bezeichnend, wo es heißt: „Die amtlich erfasste oder von einer Partei im Verlauf eines Rechtsverfahrens erhobene und vom Richter nicht als offensichtlich unbegründet angenommene Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder einer gesetzeskräftigen Maßnahme der Republik wird dem Verfassungsgericht zur Entscheidung übertragen“.

Im Wesentlichen hat der besagte Artikel als tragendes Element der Inzidentalität des Verfassungssystems Art. 136 ital. GG Bedeutung verliehen, nicht nur, indem die Bedeutung tatsächlich im Einzelnen erläutert wird, sondern vor allem dadurch, dass der Klage vor dem Verfassungsgericht dort, wo es angerufen wird, für alle zu entscheiden (mit wenn auch innerhalb bestimmter Grenzen allgemein verbindlichen Rechtswirkungen) eine „logische“ Bedeutung auf Grundlage einer „genetisch zwiespältigen“ Erneuerung verliehen wird, und zwar anhand eines konkreten Einzelfalls“.

Es erscheint notwendig, anzumerken, dass die besagte Verfügung in Bezug auf die *Ratio* Art. 100, 1. Abs. des deutschen GG ähnelt, auf dessen Grundlage die sogenannte konkrete Normenkontrolle beruht.

Und tatsächlich übernimmt das zwischenrangige Verfahren eine grundlegende Rolle in Bezug auf die Handhabung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung im Verlauf der Zeit, da es konkreter der in der Notwendigkeit, die diachronischen Rechtswirkungen der Verkündigung zu steuern, enthaltenen *Ratio* vollkommen antithetisch gegenübersteht.

Wie können die *Jura* angesichts einer Handhabung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung für die Zukunft geschützt werden?

Während Art. 1 des ital. Gesetzes L. Nr. 1 von 1948 das zwischenrangige Verfahren kennzeichnet und definiert, so hat Art. 30, 3. Abs. des ital. Gesetzes Nr. 87 von 1953, der Hautuntersuchungsgegenstand des 5. Abschnitts (*Die Rückwirkung der Annahmeerurteile: Art. 30, 3. Abs. ital. Gesetz L. Nr. 87 von 1953*) ein weiteres Element zur Erläuterung der *Ratio* der zeitlichen Orientierung, welche die Rechtsauswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung im Verlauf der Zeit annehmen, hinzugefügt.

Im Anschluss an das Inkrafttreten desselben, wo es heißt, „die als verfassungswidrig erklärten Normen können nicht ab dem Folgetag der Veröffentlichung der Entscheidung Anwendung haben“, hat die Rückwirkung des Annahmeerurteils begonnen, die Form der *ius receptum* anzunehmen, wie durch die maßgebliche Rechtslehre bestätigt.

Nun war diese, mit Art. 1 des ital. Gesetzes L. Nr. 1 von 1948 in die Verfassung eingeführte „Errungenschaft“ das Ergebnis einer umfassenden theoretischen Analyse und Überlegung: Es ist kein Zufall, dass einer der zentralen Mechanismen der Normenkontrolle eher das „Ergebnis der beharrlichsten Arbeit der Rechtslehre war, statt ein präziser Gesetzesentwurf“ und hauptsächlich auf der Notwendigkeit beruhte, nicht nur den Grundsatz der Gleichheit, sondern auch den der Verteidigung zu bewahren, und dies unter Ausschluss der s. g. abgeschlossenen Rechtsbeziehungen, die bei Eintritt der Rechtskraft, Verjährung, Verwirkung und Vergleich bestehen.

Hinzu kommt, dass das Prinzip der Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung laut Art. 30, 3. Abs. ital. Gesetz L. Nr. 87 von 1953 – vielleicht auch angesichts der Möglichkeit die Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung in verschiedenen Abstufungen und somit nicht absolut zu klassifizieren – auch Gegenstand einer erheblichen Kontroverse zwischen Verfassungsgericht und Strafkammer des Kassationshofs eben zum Thema der Nichtanwendung der als verfassungswidrig erklärten Norm war. In diesem Sinne treten die Urteile Nr. 127 von 1966 und Nr. 49 von 1970 hervor: beim ersten hatte das Verfassungsgericht über die notwendige Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung von Prozessvorschriften befunden; mit der zweiten Verkündigung dagegen bestätigte das Gericht vollkommen überraschend, den Richtern „das letzte Wort“ zu lassen.

Dieses Prinzip kann nicht übergangen werden: So hatte beispielsweise im Anschluss an das in keiner Weise rückwirkende Urteil Nr. 10 von 2015 das Verfassungsgericht einer bedeutenden

Form der Rebellion durch das vorliegende Gericht beigezogen, das nicht befunden hatte, sich in Bezug auf die zeitliche Rechtswirkung der Verfassungswidrigkeitsaussprüche vom Gesetzesrahmen zu distanzieren.

Gleichzeitig erhält auch in der zeitlich handhabenden deutschen Praxis die Rolle der Richter Bedeutung: Sollte beispielsweise der Gesetzgeber seiner Reformpflicht im Anschluss an die Aufnahme eines Unvereinbarkeitspruchs nicht nachkommen und dadurch die *Ratio* der Unvereinbarkeitsentscheidung vollkommen zunichte gemacht werden, können die Richter angerufen werden, um „letztendlich“ und in Übereinstimmung mit der Verfassung einzugreifen. Im 6. Abschnitt (*Der zeitliche Rahmen der verfassungswidrigen Norm: Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit? Eine Überlegung ausgehend vom amerikanischen und vom österreichischen Modell. Hinweise auf die Art der Annahmegerichte*) lässt die Studie der gesetzlichen Regelung der zeitlichen Auswirkungen des Verfassungswidrigkeitspruchs Raum für eine Untersuchung bezüglich der Vernichtbarkeit oder Nichtigkeit der als verfassungswidrig erklärten Norm und dies angesichts einer anfänglichen Überlegung zum amerikanischen und zum österreichischen Modell des Verfassungsrechts, die bekanntlich gegensätzlich zueinander eingestellt sind.

Und tatsächlich ist die zeitliche Orientierung des Annahmegerichts nicht nur direkt an die Art derselben Verfassungswidrigkeitserklärung gebunden, sondern ist in ihrem Wesen indirekt an die Wahl des Modells zur Normenkontrolle geknüpft: Irgendwie scheint die ursprüngliche Zweideutigkeit des Art 136 ital. GG tatsächlich an die „gemischte“ Natur des italienischen Verfassungsrechts anknüpfen zu können, das sich aus einigen typischen Elementen des amerikanischen Systems (Diffusivität der jedem Richter zukommenden Kontrolle) und dem österreichischen System (ausschließliche Zuständigkeit des Verfassungsgerichts in Bezug auf die Verfassungswidrigkeitserklärung einer nicht mit der Verfassung übereinstimmenden Norm mit allgemeiner Rechtswirkung) zusammensetzt.

Nun wirkt die Wahl des Systems zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit auf die von der Ungültigkeit der verfassungswidrigen Norm angenommene Form ein, welche ihrerseits nach der typischen Logik des Teufelskreises die Art der Verfassungswidrigkeitserklärung beeinflusst: Im amerikanischen Verfassungsrechtssystem ist die verfassungswidrige Norm *null and void*, da sie dem Willen einer *superior* Norm widerspricht und somit unwirksam ist; im österreichischen System dagegen ist die verfassungswidrige Norm lediglich vernichtbar, und zwar deshalb, weil Grundlage des Systems die Idee ist, dass, da die gesamte politische Macht auf dem Gesetz gründet, „das Konzept eines von Beginn an nichtigen Gesetzes“ vollkommen inakzeptabel ist. Übrigens darf nicht verwundern, dass im Bereich des amerikanischen Verfassungsrechts die Verfassungswidrigkeitserklärung eine Norm erklärender Art ist, während sie im Bereich des österreichischen Verfassungsrechts eine verfassungsgebende Natur annimmt.

Nun teilt im Bereich des italienischen Verfassungsrechts nur eine Minderheit die Idee der Nichtigkeit der verfassungswidrigen Norm und somit des Annahmeurteils erklärender Natur, die Mehrheit teilt die These der Vernichtbarkeit der verfassungswidrigen Norm, die also der verfassungsgebenden Natur des Gerichtsspruchs entspricht. Dass die obigen Ausführungen wahr sind, ist daran zu erkennen, dass in der maßgebenden Rechtslehre bestätigt wurde, dass die Verfassungsgebenden dachten, ein im Wesentlichen von dem im österreichischen Grundgesetz vorgesehenen System der Verfassungsgerichtsbarkeit abgeleitetes System eingeführt zu haben.

Auch erklärt sich die verfassungsgebende Bedeutung der Verfassungswidrigkeitserklärung angesichts der Betrachtung, dass das allgemeine Verbot, die verfassungswidrige Norm anzuwenden, tatsächlich nur im Zeitraum vor der Aufnahme der Verfassungswidrigkeitserklärung durch das Verfassungsgericht besteht.

Wenn man zur nicht statischen sondern „dynamischen“ Ebene der Verfassungswidrigkeitserklärung wechselt, ist Zagrebelskys Theorie zu betrachten, nach der im Anschluss an die Aufnahme des Annahmeurteils das Verfassungsproblem entsteht, dem bezüglich anderen institutionellen Stellen wie Richtern und dem Gesetzgeber umfangreicher Spielraum gelassen wird.

In diesem Sinn ist das Verfahren der Unvereinbarkeitserklärungen interessant, welche eben hinsichtlich des „Verfassungsproblems“ eingreifen, um dies dank der Mitarbeit anderer Verfassungsorgane, unter denen zumindest anfangs der Gesetzgeber zu nennen ist, zu lösen.

Im 7. Abschnitt (*Erste Zeichen für die Zulässigkeit eines Verfassungsgerichts als „Verwalter“ der Rechtswirkungen seiner eigenen Entscheidungen*) wird die mögliche Legitimation (auf theoretischer Ebene) des Verfassungsgerichts als Verwalter der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitssurteile angedeutet, wobei insbesondere die Tatsache diskutiert wird, dass der zeitgenössische Konstitutionalismus wegen seiner substantialistischen Eigenschaft die Suche der für den spezifischen Fall am besten geeigneten Lösung und somit die „Negativ-Neuqualifizierung der Automatismen“ erfordert, um zu starre Lösungen zu vermeiden.

In diesem Sinn ist die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und dessen Erfindung der Unvereinbarkeitsentscheidungen von großer Bedeutung.

In der Tat ist ein „flexibler“ Ansatz an den zeitlichen Faktor der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung in verschiedenen europäischen Erfahrungen erkennbar; andererseits ist das was als „Naivität der Verfassungsgebenden“ bezeichnet wurde, und zwar die „allzu simple Formulierung des Art. 136 ital. GG“ hauptsächlich auf zwei Ursachen zurückzuführen, erstens die Notwendigkeit des Schutzes des Prinzips der Gewaltenteilung, unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg und zweitens der Schutz der Rechtssicherheit.

Im 8. Abschnitt (*Verwaltet das Verwaltungsgericht die Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit?*) tritt das Verfassungsrecht in den Hintergrund, um zumindest in Kürze über die Steuerung der Rechtswirkungen der Annullierungsurteile durch das Verwaltungsgericht nachzudenken, wobei von einer Betrachtung ausgegangen wird, welche in der Rechtslehre – recht eindrucksvoll – klar ausgedrückt werden sollte, und zwar, dass die Verwaltungsprozessregeln wegen ihres entscheidenden kreativen Beitrags zur Rechtsprechung einen Ausgangspunkt und sicher keinen Endpunkt darstellen: In diesem Sinn erhielt das von der 4. Kammer des Staatsrats getroffene Urteil Nr. 2755 von Mai 2011 Bedeutung, wie auch das vom selben Verwaltungsrechtsorgan getroffene Urteil Nr. 13 von 2017.

In beiden Fällen scheint der Staatsrat bestimmt zu haben, die Rechtswirkungen der eigenen Verkündigungen angesichts der Notwendigkeit, einen übermäßigen Bruch innerhalb der Rechtsordnung zu verhindern, zeitlich zu steuern.

Insbesondere hätte der Staatsrat („Consiglio di Stato“) beim ersten Spruch eine neue Art der Verkündigung gebildet, indem er bei der Untersuchung – nach einer vollkommen neuen Logik – den Bereich der zeitlichen Rechtswirkung des eigenen Spruchs so definierte, dass eine lediglich für die Zukunft geltende Rechtswirkung der eigenen Entscheidung vorhergesehen wurde, sodass das Prinzip der Effektivität des Schutzes über das des Antrags der Partei siegt.

Es ist unbedingt anzumerken, dass, wenn die Aufrechterhaltung der Rechtswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme spiegelbildlich der Beibehaltung des Allgemeininteresses entspricht, die urteilende Tätigkeit des Verwaltungsgerichts dem des „Verwaltungsorgans“ zu ähneln scheint.

Auch bei seiner zweiten Verkündigung steuerte der Staatsrat die Rechtswirkungen mit Wirksamkeit *pro futuro*; die ganze Versammlung befand nämlich, das Urteil Nr. 10 von 2015 anzuführen, fast als Rechtfertigung des Argumentationskonstrukts zur Wahl einer derartigen Wirksamkeit, wobei im Übrigen bestätigt wurde, dass „die Ausnahme von der Rückwirkung [...] auf dem Grundsatz der Rechtssicherheit beruht: [...] die Möglichkeit für die Betroffenen, die Rechtsnorm wie ausgelegt anzuwenden, wird eingeschränkt, wenn die Gefahr schwerer wirtschaftlicher oder sozialer Auswirkungen besteht, die zum Teil auf die hohe Anzahl von in gutem Glauben begründeten Rechtsbeziehungen zurückzuführen ist [...]“. Darüber hinaus befand der Staatsrat, als spezifische Bedingungen, die es ermöglichen, die Rückwirkung einzuschränken oder richtiger „die Anwendung des Rechtsgrundsatzes auf die Zukunft zu beschränken“ folgende: die objektive und erhebliche Unsicherheit bezüglich der Tragweite der auszulegenden Verfügungen; das Bestehen einer mehrheitlichen Orientierung entgegen der eingeführten Auslegung und die Notwendigkeit zum Schutz eines oder mehrere Verfassungsgrundsätze oder in jedem Fall, um schwere sozialwirtschaftliche Rückwirkungen zu verhindern.



Das zweite Kapitel dieser Doktorarbeit ist gemeinsam mit dem ersten Kapitel darauf ausgerichtet, zu zeigen, dass die Frage bezüglich der Grenzen der Rückwirkung der Annahmeerurteile seit den allerersten Jahren der Verfassungsrechtsprechung eine nicht nebensächliche Rolle gespielt hat, wie man sehen konnte.

Daher die Bedeutung der Behauptung der neuesten deutschen Rechtslehre, die bestätigt, dass die Entscheidungshilfsmittel eines Verfassungsgerichts nicht vollkommen von der fortlaufenden „Konstitutionalisierung“ der „neuen Rechte“ entbunden sind.

Somit scheint es eben diese dynamische Sicht zu sein, die Grundlage der Aufnahme der deutschen Unvereinbarkeitsentscheidungen war (und vor allem heute noch ist) und auch Grundlage einiger neuerer Verkündigungen des Verfassungsgerichts ist, darunter vor allem die Verordnung Nr. 207 von 2018.

Wie im Übrigen im dritten Kapitel dieser Doktorarbeit ausgeführt wird, gab es bei der Regelung bezüglich der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung zwei Änderungsversuche innerhalb der deutschen Ordnung, die beide darauf abzielten, die Wirksamkeit der Nichtigkeitserklärung „flexibler“ zu machen.

Angesichts der obigen Ausführungen ist im Verlauf der Zeit nicht nur - wie schon geschrieben - eine gemeinsame Tendenz der Verfassungsgerichte erkennbar, die insbesondere den Umgang mit der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung prägt, sondern auch ein „konstantes“ Bedürfnis, die „starre“ Regelung der Rechtswirkungen zu reformieren, die – wenn auch nur zum Teil – eine wichtige Form der Umsetzung im Bundesverfassungsgerichtsgesetz fand.

Das zweite Kapitel beginnt im 1. Abschnitt (*Eine Stellungnahme: die Furcht vor den „Folgen“ der Verfassungswidrigkeitserklärung und die Regelung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit*) mit einer Überlegung zur Furcht des Verfassungsgerichts, die Ordnung im Anschluss an die Aufnahme einer Verfassungswidrigkeitserklärung negativ zu beeinflussen; wie in der maßgeblichen Lehre Sajás bestätigt, darf das Verfassungsgericht „das Gewicht“ seiner eigenen Entscheidungen nicht übersehen, denn dieses ist voll und ganz in einen sozialwirtschaftlichen Rahmen eingefügt, dessen Dynamik es tatsächlich nicht kennen kann; das Bedürfnis einer größeren „Flexibilität“ der dem Verfassungsgericht zur Verfügung stehenden Entscheidungshilfsmittel ist, wie im Übrigen im Verlauf des Abschnitts gezeigt wird, verschiedenen europäischen Erfahrungen gemein. Auch aus diesem Grund legte der Gesetzgeber – was vielleicht nicht überrascht – mit der Zeit verschiedene Gesetzesentwürfe vor, die darauf abzielten, den Aspekt der Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile zu ändern.

Diese Änderungsvorschläge werden (in der Zeit zurückgehend) im 2. Abschnitt (*Die Reformversuche hinsichtlich der Regelung der Verfassungswidrigkeitserklärung*) dargelegt: Die Analyse beginnt bei dem Gesetzesentwurf A. S. 1952, der verzeichnet ist unter „Änderungen der Gesetze Nr. 87 vom 11. März 1953 und Nr. 196 vom 31. Dezember 2009 zur Ermittlung und



Transparenz in Verfahren zur Verfassungsmäßigkeit“, der nie diskutiert und daher nie aufgenommen wurde. Dieser letzte Änderungsversuch war durch das „Kostenurteil“ Nr. 70 von 2015 angeregt worden, das wegen seiner vollständigen Rückwirkung die Wirtschaftsstruktur des Staates besonders belastete und den Gesetzgeber dazu veranlasste, eine Form der Positivierung der zeitlichen „Steuerung“ der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung zu erfinden.

In Art. 1, lit. c) des Gesetzesentwurfs ist vorgesehen, den Inhalt des dritten Absatzes, Art. 30, ital. Gesetz L. 87 von 1953 zu erweitern und somit neben der Nichtanwendung der als verfassungswidrig erklärten Norm den Einwand der Verfügung durch das Verfassungsgericht einer „anderen Handhabung der Wirksamkeit im Verlauf der Zeit derselben Entscheidung zum Schutz anderer Verfassungsgrundsätze“ vorzusehen.

Bedeutend scheint dabei der Verweis auf „Verfassungsgrundsätze“, die, wenn korrekt und ausführlich beschrieben, nach der *Ratio* des vorliegenden Gesetzesentwurfs, den Antrag auf Steuerung der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung legitimieren können.

Es folgt eine kurze Analyse des Verfassungsgesetzesentwurfs Nr. 22 von 2013, der, wie es schien, eine wesentliche Änderung der Rechtswirkungen der Annahmearteile einführen wollte und eine Bevollmächtigung des Gesetzgebers zur effektiven Steuerung der Wirksamkeit der erfolgten Verfassungswidrigkeitserklärung vorsah, denn der Gesetzesentwurf verwendete den Begriff „Abschaffung“ für das Phänomen des aufhebenden Eingriffs des Verfassungsgerichts. Was vermutlich an diesem Änderungsentwurf am meisten interessiert, ist die Voraussicht der Spaltung zwischen dem Zeitpunkt der Feststellung und dem der „verfassungsgebenden“ Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung: Man beachte in diesem Sinne Art. 1 der Gesetzesvorlage, laut der „[...] die Regierung [...] die Initiative ergreift, den Kammern ein Aufhebungsgesetz oder eine Änderung des als verfassungswidrig erklärten Gesetzes vorzulegen; diese Initiative kann direkt von den Versammlungen ergriffen werden, [...] sofern der Gesetzesentwurf nicht innerhalb der Frist der folgenden sechs Monate bzw. neun Monate bei Verfassungsgesetzen verabschiedet wird; dieselben Versammlungen erklären die Wirksamkeit des als verfassungswidrig erklärten Gesetzes als erloschen“.

Schließlich ist der am 30. Juni 1997 verabschiedete Entwurf zu beachten, in dem vorgesehen war, dass „wenn das Gericht die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Vorschrift oder einer gesetzeskräftigen Maßnahme erklärt, die Wirksamkeit dieser Norm am Folgetag der Veröffentlichung der Entscheidung endet, außer dem Gericht bestimmt eine andere Frist, in jedem Fall nicht über einem Jahr ab Veröffentlichung der Entscheidung“.

Der besagte Entwurf ähnelt der österreichischen Praxis sehr, wo der Verfassungsgerichtshof über einen bestimmten Ermessensspielraum in Hinsicht auf die Möglichkeit verfügt, den

Stichtag zeitlich zu verschieben, wie es zum Teil auch in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts geschieht.

Im 3. Abschnitt (*Ein Verfassungsgericht, das handelt und die „traditionellen Einschränkungen“ des Verfassungsrechts über die Verwaltung der Verfahrensregeln des Verfassungsprozesses hinaus überwindet*) wird das Thema der Überwindung der traditionellen Einschränkungen des Verfassungsrechts durch die italienischen Verfassungsgerichte behandelt, insbesondere in Hinsicht auf die Einschränkung des Ermessensspielraums des Gesetzgebers.

In diesem Sinne tritt der Beschluss Nr. 207 von 2018 hervor – der es vielleicht ermöglicht, das Thema der zeitlichen Steuerung der Rechtswirkungen wieder mit dem der Beziehung zwischen Verfassungsgericht und Parlament auf dem Gebiet des Strafrechts zu verbinden – mit dem das Verfassungsgericht meinte, mit einer ganz eigenen und besonders „gefestigten“ Mahnung einzugreifen; weiter verfolge das Verfassungsgericht, wie der Verfassungsrichter Lattanzi schreibt, in letzter Zeit einen eher interventionistischen und weniger von Selbstbeschränkung geprägten Trend.

In diesem Sinn treten einige Verkündigungen im Strafrecht hervor, darunter Urteil Nr. 236 von 2016 (auf das auch in dem erst kürzlich ergangenen Urteil Nr. 242 von 2019 verwiesen wird und das die „Sage“ Cappato beendete), Urteil Nr. 222 von 2018, Urteil Nr. 233 von 2018, das allerdings nicht im Strafrecht eingeführte kürzliche Urteil Nr. 20 von 2019, das jedoch für die Rolle, die das Verfassungsgericht in Bezug auf das Legislativorgan einnimmt, von Bedeutung ist.

Im 4. Abschnitt (*Die Form der Entscheidungstechniken, mit denen das Verfassungsgericht die Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung „Richtung Vergangenheit“ verwalte*) wird die „Form“ der Entscheidungstechniken, mit denen das Verfassungsgericht die Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung steuert, untersucht: in diesem Sinn tritt das Mittel der Urteile der verschobenen Verfassungswidrigkeit hervor, welche den Urteilen der plötzlichen Verfassungswidrigkeit im weiteren Sinn ähneln, und sich dagegen von den Urteilen der Verfassungswidrigkeit im engeren Sinn, da letztere das Phänomen der Abfolge der Normen im Verlauf der Zeit betreffen, abheben.

Kurz gesagt, im 4. Abschnitt wird versucht – auf theoretischer Ebene – zu zeigen, wie das Verfassungsgericht das Hilfsmittel der eintretenden Verfassungswidrigkeit (in diesem Sinn ist Urteil Nr. 174 von 2015 vollkommen unerheblich) oder der verschobenen Verfassungswidrigkeit unter Ausschluss des Fehlens jeglicher Form der Positivierung des Umgangs mit dem Zeitfaktor hinsichtlich der Wirksamkeit der Annahmegerichte, verwendet.

In diesen Fällen kommt dem Verfassungsgericht ein bestimmter Ermessensspielraum in der Bestimmung des Stichtags zu.

Im 5. Abschnitt (*Die Entscheidungen, die der Handhabung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile in Bezug auf die Vergangenheit zugrunde liegen*) dagegen sollen die Gründe erkannt werden, die dem Bedürfnis, die Rechtswirkungen der Urteile im Verlauf der Zeit zu steuern, zugrunde liegen.

Erstens tritt die Notwendigkeit hervor, den Grundsatz der Rechtskontinuität ganz allgemein zu schützen, der als ein zu schützender Grundsatz definiert wurde und tatsächlich zu den von der Verfassung abgesicherten Grundsätzen, Interessen und Rechtssituationen gehört, zweitens tritt das Bedürfnis hervor, schwere Schädigungen des öffentlichen Haushalts oder neue und höhere finanzielle Ausgaben für den Staat und die öffentlichen Einrichtungen zu verhindern.

Dieser Grundsatz wurde, wie zu unterstreichen ist, als ein allgemeiner verfassungsrechtlicher Wert definiert.

Nach einem ersten theoretischen Teil wird im zweiten Kapitel versucht, die zeitlich handhabende Praxis des Verfassungsgerichts zu untersuchen. Ende der achtziger Jahre führte das Verfassungsgericht die allerersten zeitlich handhabenden Urteile ein (Abschnitte 5.1 und 5.2) und begann mit den Urteilen Nr. 266 von 1988, 501 von 1988 und 50 von 1989 die zeitlichen Rechtswirkungen der Annahmeerurteile zu regulieren; später verwaltete das Verfassungsgericht den Zeitfaktor der Rechtswirkungen der eigenen Entscheidungen weiter und beträchtlich, ohne allerdings jemals ausdrücklich zu erklären, in die Steuerung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile einzugreifen (eingreifen zu wollen).

Zur Sparte der ersten zeitlich handhabenden Urteile gehört auch das Urteil Nr. 1 von 1991, das hinsichtlich der finanziellen Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung (wie auch bezüglich der vom Verfassungsgericht vor der Einführung desselben durchgeführten Ermittlung) von besonderer Bedeutung ist.

Wenig später führte das Verfassungsgericht das Urteil Nr. 124 von 1991 ein (über dessen Wesen die Rechtslehre diskutiert, da sie teilweise der Meinung ist, es handele sich um ein Urteil zur plötzlichen Verfassungswidrigkeit im engeren Sinn), bei dem man ein weiteres Mal der Steuerung der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung beiwohnen konnte.

Von Bedeutung ist auch Urteil Nr. 360 von 1996: bei dieser Gelegenheit erklärte das Verfassungsgericht die (alleinige) Verfassungswidrigkeit der ihm zur Beurteilung vorgelegten Verfügung der Gesetzesverordnung, ohne die Tragweite allgemein auf die wiederholten Verordnungen auszudehnen. In diesem Fall hätte das Verfassungsgericht in seiner Eigenschaft als Hüter der Rechtsordnung befunden, die Annullierung der wiederholten Gesetzesverordnungen angesichts des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu „einzusparen“.

Am Rande der genannten Verkündigungen werden andere Entscheidungen in der Hauptsache untersucht, bei denen das Verfassungsgericht, wenn auch keine wahre zeitliche Handhabung der Rechtswirkungen vornahm, so doch eine erhebliche Furcht vor dem gezeigt hatte, was in der Rechtslehre als *horror vacui* bezeichnet wird.

In Abschnitt 5.2.1 (Fokus: *Urteil Nr. 1 von 2014: „ausgleichende“ Bedeutung und horror vacui*) wird Urteil Nr. 1 von 2014 Gegenstand der Untersuchung, bei dem das Verfassungsgericht zum Thema Wahlsystem eingriff und die Verfassungswidrigkeit des s. g. *Porcellum* erklärte, d. h. des proportionalen Wahlgesetzes mit Mehrheitsprämie und starren Listen, welche die Wahl der Abgeordnetenkammer und des Senats der Republik in Italien in den Jahren 2006, 2008 und 2013 geregelt hatte.

Das Verfassungsgericht hatte bei diesem Anlass von der Kategorie der abgeschlossenen Rechtsbeziehungen Gebrauch gemacht, um sich Handlungsspielraum hinsichtlich der zeitlichen Handhabung der Wirksamkeit der eigenen Urteile zu verschaffen, nicht ohne die Prozessregeln politisch zu nutzen: Es handelt sich hierbei um einen der Fälle, bei denen das Verfassungsgericht angesichts des Nichtbestehens der Möglichkeit zur Steuerung der Rechtswirkungen der eigenen Urteile bestimmt hat, die Regeln des eigenen Verfahrens vollkommen elastisch zu nutzen.

Die Elastizität der Interpretation der Kategorie und der Regeln des Verfassungsverfahrens war im untersuchten durch das Bedürfnis, den Grundsatz zum Schutz des Staats und der verfassungsgemäß notwendigen Funktionen beizubehalten, vorgeschrieben.

In diesem Sinn ähnelt die *Ratio*, die der besagte Spruch mit sich bringt, zum Teil einem der Anwendungsthemen der Unvereinbarkeitserklärungen, und zwar dem der „Rechtsfolgen“.

Nun tritt das Urteil Nr. 1 2014 in dieser Doktorarbeit hervor, da die Eigentümlichkeit der Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung (wie auch der Kategorie der s. g. abgeschlossenen Rechtsbeziehungen) angesichts der verfassungsgemäßen Bedürfnisse „gesteuert“ worden wäre.

Während in Abschnitt 5.2.2. (*Am Rande des Urteils Nr. 1 von 2014*) nochmals auf das Thema des s. g. *horror vacui* hingewiesen wird, so wird im 6. Abschnitt (*Das Haushaltsgleichgewicht als Gegenspieler der Rückwirkung von Annahmemeurteilen*) der Grundsatz des Haushaltsgleichgewichts als möglicher, im Übrigen nach Inkrafttreten des ital. Gesetzes L. Nr. 1 von 2012, das den Grundsatz des Haushaltsgleichgewichts einführt, erstarkter Gegenspieler der in den Annahmemeurteilen verwurzelten Rückwirkung, untersucht.

Kurz gesagt, obwohl Art. 81, dritter Abs, ital. GG („Jedes Gesetz, das neue oder höhere Ausgaben mit sich bringt, muss für die dafür notwendigen Mittel sorgen“) nicht für die Tätigkeiten des Verfassungsorgans gilt, sondern nur für den Gesetzgeber, haben der Grundsatz des Haushaltsgleichgewichts und somit die streng finanziellen Bedürfnisse das Verfassungsgericht dazu geführt, Entscheidungsmittel zur Steuerung der Rechtswirkungen der Annahmemeurteile einzusetzen (wie auch im Bereich der französischen und der spanischen Verfassungsjustiz), und zwar deshalb, weil das Verfassungsgericht sich – unvermeidlicherweise – in einem durch eingeschränkte wirtschaftliche Ressourcen charakterisierten Umfeld bewegt.

Nicht nur hat es in der Verfassungsrechtsprechung verschiedene Verkündigungen gegeben, bei denen die Rückwirkung mit der konkreten Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung der Wirtschafts- und Finanzstruktur kontrastierte (man beachte, wenn auch unter anderen Gesichtspunkten, die Urteile Nr. 137 von 1986, Nr. 1 von 1991, Nr. 240 von 1994, Nr. 49 von 1995, Nr. 126 von 1995) und nicht nur wurde der letzte Änderungsvorschlag der Regelung der Annahmeerurteile im Anschluss an die Aufnahme eines Kostenurteils vorgebracht, sondern vor allem beschloss das Verfassungsgericht mit Urteil Nr. 10 von 2015 zum ersten Mal mit Kenntnis der Sachlage, die Möglichkeit zur zeitlichen Handhabung der Rechtswirkungen der eigenen Urteile zu erklären.

In dieser Arbeit wird insbesondere in Abschnitt 6.1 (Fokus: *Das Urteil Nr. 10 von 2015: ein unicum in der Geschichte der Verfassungsjustiz*) dem Urteil Nr. 10 von 2015 viel Raum gewidmet, da dieses tatsächlich ein *unicum* in der Geschichte der italienischen Verfassungsjustiz darstellt: Dabei bestimmte das Verfassungsgericht, den Verfassungsprozess nach vollkommen kreativen Regeln zu steuern und setzte das um, was als „Verfassungsgewalt“ bezeichnet wurde und das, wie anscheinend behauptet werden kann, auf einer bestehenden starken Korrelation zwischen der Verfassungsjustiz und dem materiellen Verfassungsrecht basiert.

In der Tat kann nicht geleugnet werden, dass das Thema der Handhabung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung im Verlauf der Zeit ein Thema des materiellen Verfassungsrechts ist, welches bedeutende Anregungen für eine Überlegung zur Beziehung zwischen dem Verfassungsgericht und seinem Verfahren bietet.

Weiter zwingt die Überbeanspruchung des Mechanismus, auf den sich die Inzidentalität des Systems gründet, dazu, über die Bedeutung nachzudenken, welche die Abwägung der Interessen, die einen verfassungsmäßigen Schutz verdienen, erwirbt.

Vor allem scheint sich das Thema der Identifizierung jener Interessen zu stellen, die einen derartigen verfassungsmäßigen Schutz verdienen, dass sie vielleicht eine Ausnahme von der Regelung zur Steuerung der Wirksamkeit der Annahmeerurteile rechtfertigen.

Nun meinte das Verfassungsgericht mit Urteil Nr. 10 von 2015 die Rückwirkung mit dem Grundsatz des Haushaltsgleichgewichts aufwiegen zu können und somit Art. 81 ital. GG im Sinne eines „Übergrundsatzes“ einzuordnen.

Das materielle Recht, der Schutz der Verfassungsgrundsätze und -werte kollidierte also mit der Garantie der *Jura* und somit der Anrechte der Einzelnen.

Der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Verteidigung waren somit Gegenstand einer Abwägung mit Art. 81 ital. GG: Das Ergebnis war der Sieg des letzteren, da das Verfassungsgericht befand, dem besagten Urteil eine bloße *ex nunc*-Wirkung zu verleihen.

Mit dem besagten Urteil erklärte das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der s. g. *Robin Hood tax*, einer 2008 eingeführte der Erdölbranche auferlegte Steuer.

Das Verfassungsgericht bestätigte äußerst vielsagend – nach einer vollkommen innovativen Logik – Folgendes: „Bei der Verkündigung der Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Verfügungen kann dieses Verfassungsgericht den Einfluss, den eine solche Verkündigung auf andere Verfassungsgrundsätze ausübt, nicht unbeachtet lassen, um die eventuelle Notwendigkeit einer Abstufung der zeitlichen Rechtswirkungen der eigenen Entscheidungen über die anhängigen Beziehungen zu beurteilen.

Die diesem Gerichtshof übertragene Rolle als Hüter der Verfassung in ihrer Gesamtheit erfordert es, zu verhindern, dass die Verfassungswidrigkeitserklärung einer gesetzlichen Verordnung paradoxerweise „mit der Verfassung noch weniger vereinbare Rechtswirkungen bestimmt“ (Urteil Nr. 13 von 2004) als die, welche zur Zensurierung der Gesetzesordnung geführt haben. Um dies zu verhindern, muss der Gerichtshof seine eigenen Entscheidungen auch unter dem zeitlichen Aspekt modulieren, sodass die Behauptung eines Verfassungsgrundsatzes nicht die Opferung eines anderen zur Folge hat.

Dieser Gerichtshof klärte mit den (Urteilen Nr. 49 von 1970, Nr. 58 von 1967 und Nr. 127 von 1966) dass die Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitsverkündigungen ein allgemeines Prinzip ist (und sein muss), das in den Urteilen vor diesem Gerichtshof gilt; dieses ist jedoch nicht uneingeschränkt.

Zunächst ist unbestreitbar, dass die Wirksamkeit der Annahmegerichte nicht in soweit rückwirkend ist, dass sie „in jedem Fall rechtskräftig gewordene Rechtslagen“ d. h. „abgeschlossene Rechtsbeziehungen“ umkehrt. Andernfalls wäre die Sicherheit der Rechtsverhältnisse beeinträchtigt (Urteile Nr. 49 von 1970, Nr. 26 von 1969, Nr. 58 von 1967 und Nr. 127 von 1966). Der Grundsatz der Rückwirkung „gilt [...] nur für noch anhängige Verhältnisse, mit daraus folgendem Ausschluss der abgeschlossenen, die weiter durch das als verfassungswidrig erklärte Gesetz geregelt bleiben“ (Urteil Nr. 139 von 1984, zuletzt wieder aufgenommen im Urteil Nr. 1 von 2014). In diesen Fällen gehört die konkrete Erkennung der Einschränkung der Rückwirkung, die von der besonderen Regelung der Abteilung abhängt – zum Beispiel bezüglich der Ablauf-, Verjährungs- oder Unanfechtbarkeitsfristen von Verwaltungsmaßnahmen – die jede weitere Rechtsmaßnahme oder -behelf ausschließt, in den Bereich der ordentlichen Auslegung, für den die gewöhnlichen Gerichte zuständig sind (*ex plurimis* bestätigter Grundsatz durch Urteile Nr. 58 von 1967 und Nr. 49 von 1970)“.

Das Verfassungsgericht behauptet weiter, um sein *praeter legem*-Vorgehen zu rechtfertigen: „der Vergleich mit anderen europäischen Verfassungsgerichten, wie beispielsweise dem österreichischen, dem deutschen, dem spanischen und dem portugiesischen zeigt im Übrigen, dass das Einschränken der Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitsentscheidungen auch in zwischenrangigen Verfahren eine verbreitete Vorgehensweise darstellt, unabhängig davon, ob



die Verfassung oder der Gesetzgeber dem Verfassungsgericht diese Befugnisse ausdrücklich übertragen haben“.

Somit verließ das Verfassungsgericht bei dieser Verkündung den Weg der „getarnten“ Handhabung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit, um das Thema des Interventionismus zur Steuerung der Wirksamkeit der eigenen Verkündigungen im Verlauf der Zeit ausdrücklich in Angriff zu nehmen.

In Abschnitt 6.2 (*Die Rebellion des vorlegenden Gerichts gegenüber des mit Rückwirkungsklausel ausgezeichneten Aufschubs der Rückwirkung*) wird versucht, über die von den vorlegenden Gerichten an den Tag gelegte Rebellion gegenüber dem Aufschub der Rechtswirkungen durch die Verkündung Nr. 10 von 2015 nachgedacht: Der Kurzschluss Verfassungsgericht – Richter läuft Gefahr, mit der Handhabung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit beinahe ein *unicum* zu werden, sollte letztere nicht Gegenstand einer Positivierung durch den Gesetzgeber werden. Wie durch die maßgebliche Rechtslehre bestätigt, haben im Übrigen „die Richter“ das letzte Wort.

Wie im dritten Kapitel ausgeführt wird, übernehmen in diesem Sinn die Richter auch im deutschen System eine Hauptrolle in Bezug auf die Flexibilisierung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile, nicht nur hinsichtlich der „Folgen“ der Unvereinbarkeitssprüche, sondern auch in dem Fall, wo der Gesetzgeber nicht innerhalb der vom Bundesverfassungsgericht angegebenen Frist handelt, denn diese, wie durch maßgebliche Rechtslehre bestätigt, werden angerufen, um verfassungsmäßig zu entscheiden.

In Abschnitt 6.3 (*Ein inkohärentes Verfassungsgericht? Der „Einzelfall“ des Urteils Nr. 10 von 2015 und die anschließende Rechtsprechung*) werden die beiden, im Anschluss an das Urteil Nr. 10 von 2015 eingeführten Kostenurteile untersucht: das Urteil Nr. 70 von 2015 und das Urteil Nr. 178 von 2015.

Bei erstgenanntem erklärte das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der ital. Gesetzesverordnung Nr. 201 vom 6. Dezember 2011 (Eilverfügungen zum Zuwachs, zur Angemessenheit und zur Konsolidierung der Staatsfinanzen), das mit Änderungen durch Art. 1, 1. Abs. ital. Gesetz Nr. 214 vom 22. Dezember 2011 umgewandelt wurde, ohne jegliche zeitliche Modulation der Rechtswirkungen vorzunehmen.

Aus diesem Grund stufte die Rechtslehre die besagte Verkündung als ein „überraschendes“ Urteil ein, in Anbetracht der Tatsache, dass die aus den Einwirkungen auf die wirtschaftlich-finanzielle Basis entstehenden Kosten entschieden höher waren als die, welche aus der Aufnahme des Urteils Nr. 10 von 2015 entstanden wären, hätte man dieses ganz einfach mit Rückwirkung ausgestattet.

Andererseits, während der Gerichtshof beim Urteil Nr. 10 von 2015 meinte, eine Ausnahme von der den Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärung zugrunde liegenden



Regelung zu machen, obwohl die Aufnahme einer „physiologischen“ Verfassungswidrigkeitserklärung von sich aus hohe Kosten „nur“ in Bezug auf die Erdölbranche und insbesondere in Bezug auf einen bestimmten Unternehmenszweig bewirkt hätte, ist es schwer zu verstehen, warum das Verfassungsgericht im Fall des Urteil Nr. 70, das nicht nur die s. g. Goldpensionen, sondern auch das Rentensystem insgesamt betraf, befand, nicht nach derselben Logik zu verfahren.

In diesem Sinn liegt eine Antwort auf diese Entscheidungsinkohärenz vielleicht in der mangelnden Verwendung durch das Verfassungsgericht der Ermittlungsbefugnisse, die weiter unten behandelt werden.

Sicher ist, dass das Verfassungsgericht eine vollkommen ungeordnete Steuerung seiner Prozesse an den Tag legte und tatsächlich eine freie und unbefangene Vorgehensweise hinsichtlich der Regeln des verfassungsrechtlichen Prozesses bewies.

Die obige Behauptung wird durch die Aufnahme des zum Thema Tarifverhandlungen eingeführten Urteils Nr. 178 von 2015 bewiesen, bei dem das Verfassungsgericht durch Verwendung des Hilfsmittels der plötzlichen Verfassungswidrigkeit erneut die zeitliche Wirksamkeit der Verfassungswidrigkeitserklärung steuerte.

Das Verfassungsgericht behauptet nämlich: „Erst jetzt offenbarte sich vollkommen, wie strukturpolitisch die Verhandlungsaussetzung war, daher kann die eintretende Verfassungswidrigkeit, deren Rechtswirkungen im Anschluss an die Veröffentlichung dieses Urteils beginnen, als eingetreten angesehen werden.“

Der unversehens begonnene Mangel an Verfassungsmäßigkeit erklärt sich angesichts der Kritiken, die dem Verfassungsgericht im Anschluss an das „denkwürdige“ Urteil Nr. 10 von 2015 entgegengebracht wurden.

Darum kommentierte die Rechtslehre die besagte Verkündung im Sinne eines Falls, bei dem „ein Mangel am selben Tag auftritt und verschwindet, an dem er durch den Richter erklärt wird, welcher gleichzeitig das Fehlen zum Zeitpunkt der Überweisung der Maßnahmen an das Verfassungsgericht feststellt“.

Im Wesentlichen ist unzweifelhaft, dass das Verfassungsgericht einen Aufschub der Rechtswirkungen seiner eigenen Verkündung aus plausiblerweise mit den finanziellen Folgen verbundenen Gründen in die Tat umsetzte.

Hier soll in jedem Fall hervorgehoben werden, dass, wie in dem der deutschen Praxis gewidmeten Kapitel ausgeführt wird, auch das Bundesverfassungsgericht manchmal, vor allem auf wirtschaftlichem Gebiet zeitlich handhabende und nicht vollkommen mit der grundlegenden *Ratio* kohärente Verkündigungen einführte.

Außerhalb des Rahmens des zwischenrangigen Verfahrens führte das Verfassungsgericht im Bereich des Hauptverfahrens das Urteil Nr. 188 von 2016 ein, bei dem eine vollkommene

Rückwirkung der Verkündigung, wieder einmal zum Zweck der maximalen Verminderung der finanziellen Beeinträchtigung durch die rückwirkende Rechtskraft verfügt wurde.

Der Fall ergab sich aus einer Klage der Region Friuli Venezia Giulia bezüglich des Haushaltsgesetzes 2013, da die Region mit besonderer Rechtsstellung befand, dass einige Artikel einigen Bestimmungen der besonderen Rechtsstellung der Region, einigen Durchführungsbestimmungen dieser Rechtsstellung und anderen, aus dem System zur Steuerung der Beziehungen zwischen dem Staat und dieser Region ableitbare Grundsätzen auf finanziellem Gebiet widersprachen.

Im Wesentlichen kommt das Verfassungsgericht, auch angesichts der Durchführung einer Ermittlung zu dem Schluss der Verfassungswidrigkeit der beurteilten Norm und behauptet im Einzelnen wie folgt: „Der Grundsatz des dynamischen Gleichgewichts, der eng verbunden ist mit dem für die Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen, finanziellen und vermögensrechtlichen Gleichgewichts im Verlauf der Zeit grundlegenden Prinzip der Haushaltskontinuität, [...] kann auch zum Zweck des erweiterten Schutzes der Finanzlage der öffentlichen Hand angewendet werden, indem gestattet wird, die finanziellen Beziehungen bei Abkommen auch in Hinsicht auf die vergangenen Betriebsjahre angemessener umzugestalten“ (Urteil r. 155 von 2015). Im Übrigen behauptete dieser Gerichtshof, wenn man einen anderen auf steuerrechtlichem Gebiet zwischenrangig eingeleiteten Fall untersucht, dass der Gesetzgeber rechtzeitig eingreifen muss, „um die verfassungsmäßige Auflage des Haushaltsgleichgewichts auch in dynamischer Hinsicht zu erfüllen (Urteile Nr. 40 von 2014, Nr. 266 von 2013, Nr. 250 von 2013, Nr. 213 von 2008, Nr. 384 von 1991 e Nr. 1 von 1966), [...] dies eventuell auch, indem die erkannten Mängel der untersuchten Steuerregelung behoben werden“ (Urteil Nr. 10 von 2015). Schließlich kann das Urteil Nr. 27 von 2018, ebenfalls auf wirtschaftlichem Gebiet interessieren.

Im 7. Abschnitt (*Eine Betrachtung über die Handhabung der Wirkungen: die Untersuchungsbefugnisse des Verfassungsgerichts*) wird das Thema der Ermittlungsbefugnisse des Verfassungsgerichts untersucht, insbesondere in Bezug auf die Handhabung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit, ausgehend von der Voraussetzung, dass die Annahmearteile tatsächlich „systemische“ Rechtswirkungen erzeugen: daher erscheint es im höchsten Maße relevant, dass das Verfassungsrechtsorgan in Hinsicht auf die eventuell durch seine Urteile erzeugten Einwirkungen auf die Ordnung bewusste Entscheidungen aufnehmen kann. Der kritische Punkt ist, dass das Verfassungsgericht selten von seinen Ermittlungsbefugnissen Gebrauch macht (obwohl die vom Verfassungsgericht tatsächlich verwendbaren Hilfsmittel in den ergänzenden Normen besonders detailliert erläutert werden), was sich nicht nur, wie oben beschrieben in wirtschaftlich-finanzieller Hinsicht auswirkt, sondern auch auf dem Gebiet der Wissenschaft (vgl. Urteile Nr. 162 von 2014, Nr. 96 von 2015 und Nr. 84 von 2016).

Ab dem 8. Abschnitt (*Die Verschiebung des Stichtags: die Gründe, die der zeitlich Richtung Zukunft handhabenden Verfahrensweise zugrunde liegen*) ist das zweite Kapitel der Arbeit den ein Prinzip ergänzenden Urteilen, den Urteilen zur ermittelten aber nicht erklärten Verfassungswidrigkeit und den mahnenden Urteilen gewidmet.

Im Allgemeineren ist dieser Abschnitt den Gründen gewidmet, die der zeitlich handhabenden Vorgehensweise, bei denen der zukünftige Zeitabschnitt hervortritt, zugrunde liegen: Es handelt sich um die Fälle, in denen das Verfassungsgericht nicht festlegt (oder nicht nur festlegt), die Rückwirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung bzgl. der Vergangenheit einzuschränken, sondern (auch) entscheidet, einen Anschluss zum Gesetzgeber zu suchen, indem der Stichtag aufgeschoben wird.

Weiter im Einzelnen nutzt das Verfassungsgericht einige Entscheidungsstrategien, um der Bildung der s. g. Gesetzeslücken vorzubeugen, die an sich der Kontinuität der staatlichen Funktionen wie auch der Stabilität der Rechtsverhältnisse, der positiven Tendenz der Finanzlage der öffentlichen Hand wie auch der öffentlichen Verwaltung schaden.

Die Gründe, auf denen die besagte zeitlich handhabende Vorgehensweise aufbaut, sind ein weiteres Mal denen sehr ähnlich, die den Unvereinbarkeitserklärungen zugrunde liegen: die Gefahr, dass sich im Fall der Einführung eines die Verfassungswidrigkeit einer Norm ganz einfach erklärenden Urteils ein „Chaos“ innerhalb der Rechtsordnung bildet.

Im 9. Abschnitt (*Die Mittel zur Vorverlegung des Stichtags: Die Urteile zur ermittelten aber nicht erklärten Verfassungswidrigkeit*) werden die Hauptmerkmale der ermittelten ab nicht erklärten Verfassungswidrigkeit dargelegt („sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata“) die den Entscheidungen der Unvereinbarkeitserklärungen erheblich ähneln, denn in beiden Fällen besteht der Mangel der Verfassungsmäßigkeit und der Gerichtshof mahnt gleichzeitig den Gesetzgeber zur (mehr oder weniger unverzüglichen) Handlung, um die Beseitigung der Verfassungswidrigkeit, die das Rechtssystem insgesamt gefährdet, zu beschleunigen.

Der grundlegende Unterschied besteht in der Tatsache, dass im Fall der Unvereinbarkeitserklärungen, die Verfassungswidrigkeit einer Norm nicht nur ermittelt, sondern auch erklärt wird und dies eben in Form der Unvereinbarkeitserklärung (und also nicht der Verfassungswidrigkeitserklärung).

In Abschnitt 9.1 (*Die Aufschiebung des Stichtags: die ein Prinzip ergänzenden Urteile*) werden die ein Prinzip ergänzenden Urteile („sentenze additive di principio“) ebenfalls in ihren Hauptmerkmalen zum Gegenstand der Untersuchung; diese gehören, wie von der neuesten Rechtslehre bestätigt zu einem ungeschriebenen, der Rechtsprechung entspringenden Prozessrecht, auf das erst kürzlich vom Gerichtshof zum Thema der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitserklärungen auch mit Bezugnahme auf ausdrücklich komparatistische Bezüge verwiesen wurde.

Mittels dieser Art der Entscheidung erklärt das Verfassungsgericht zwar die Verfassungswidrigkeit einer Norm für den Teil, in welchem diese keine bestimmte Voraussicht oder Regelung enthält, stellt jedoch gleichzeitig einen Grundsatz auf, der prinzipiell vom Gesetzgeber ausgeführt werden muss (welcher je nach Fall mehr oder weniger Schwierigkeiten bei der Umsetzung dieses Grundsatzes haben kann). Wie man sieht, ähnelt das besagte Entscheidungshilfsmittel in seiner Art den Unvereinbarkeitserklärungen, da diese eine synergetische Form der Zusammenarbeit zwischen den Organen Verfassungsgericht, Gesetzgeber und Richter mit sich bringen.

Doch nicht nur das: Der Gesetzgeber wird außerdem dazu aufgerufen, die Wiederherstellung der verletzten Verfassungslegalität zu optimieren, so wie mit Bezug auf die zeitlich handhabende deutsche Praxis, denn das, was die Unvereinbarkeitserklärung auszeichnet, ist die Reformpflicht, die s. g. Nachbesserungspflicht.

Im Fall einer legislativen Untätigkeit im Anschluss an die Aufnahme eines ein Prinzip ergänzenden Urteils muss die „juristische Ebene“ aktiviert werden: in Wirklichkeit ist vor dem Eingriff des Legislativorgans immer eine gewisse Zusammenarbeit zwischen den Richtern und dem Verfassungsgericht notwendig: in diesem Sinne haben die ein Prinzip ergänzenden Urteile eine weitere Ähnlichkeit mit den deutschen Unvereinbarkeitserklärungen.

Den Urteilen der „reinen“ Unvereinbarkeit ebenfalls sehr ähnlich sind die mit einer allgemeinen Beschlussformel ausgestatteten, ein Prinzip ergänzenden Urteile („sentenze additive di principio dotate di un dispositivo generico“): in diesem Fall im Anschluss an die erfolgte Verfassungswidrigkeitserklärung, wenn es dem Gericht schwerfällt, im Anschluss an eine wissenschaftliche Auslegung des vom selben Verfassungsgericht erkannten Grundsatzes eine anzuwendende Norm zu bestimmen.

Nach diesen Erläuterungen darf das Urteil Nr. 243 von 1993, das in dieser Doktorarbeit ausgiebig behandelt wird, nicht unberücksichtigt bleiben. Mit diesem Urteil erklärte das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines bestimmten Mechanismus, der vom Gesetzgeber im Rentensystem erkannt wurde, ohne jedoch mit der Aufnahme eines Verfassungswidrigkeitssurteils mit *ex tunc*-Wirkung fortzufahren.

Die mit der Aufnahme eines Urteils der ganz einfachen Annahme verbundenen Folgen wären nämlich für die Staatskassen übermäßig belastend gewesen.

Die Rechtswirkungen einer derartigen Verkündung, die daher von der Rechtslehre akkurat als ein einen Mechanismus ergänzendes Urteil definiert wird, erwiesen sich als denen der deutschen Unvereinbarkeitssurteile vollkommen ähnlich, insbesondere in Bezug auf die Beziehung zum Gesetzgeber: Letzterer wird nicht nur dazu angerufen, zu handeln, um den festgestellten Legitimitätsmangel zu beseitigen, sondern wird auch aufgefordert, innerhalb einer präzisen Frist

eingzugreifen; die Festsetzung einer Frist ist nämlich einer der Aspekte, der die zeitlich handhabende Praxis der Unvereinbarkeitserklärungen am stärksten auszeichnen.

Ebenfalls von Bedeutung ist das Urteil Nr. 170 von 2014, das eben durch den allgemeinen Grundsatz ein Paradox innerhalb der Rechtsordnung erzeugte: Es wurde eine homosexuelle Ehe vorgesehen, obwohl die homosexuelle Ehe in Italien noch nicht legalisiert ist (man beachte im Übrigen, dass dasselbe Verfassungsgericht „BVerfG 1. Senat Beschluss vom 27. Mai 2008, 1 BvL 10/05“ zitiert).

Der Fall ergab sich aus einem von einem Ehepaar (bei dem eine Person, ihr Geschlecht verändert hatte) eingeleiteten Verfahren, um die Löschung der Eintragung „Beendigung der Rechtswirkungen des amtlichen Ehebundes“ zu erwirken, die der Standesbeamte zusammen mit der Eintragung im Auftrag des Gerichts zur Berichtigung (von „männlich“ in „weiblich“) des Geschlechts des Ehemanns unter die Heiratsurkunde gesetzt hatte; das Verfassungsgericht befand, das Fehlen jeglicher Regelung des besagten Paares stelle eine Verletzung der unantastbaren Menschenrechte laut Art 2 ital. GG dar.

Dennoch behauptete das Verfassungsgericht: „Die *reductio ad legitimitatem* durch eine handhabende Verkündigung, welche die automatische Scheidung durch eine beantragte Scheidung ersetzt, ist nicht möglich, da dies gleichbedeutend mit einer Fortdauer des Ehebundes zwischen Personen desselben Geschlechts, im Widerspruch zu Art. 29 ital. GG wäre. Es wird also Aufgabe des Gesetzgebers sein, eine alternative (und von der Ehe verschiedene) Form einzuführen, die es den Ehepartnern ermöglicht, den Übergang von einem Zustand höchsten rechtlichen Schutzes zu einer auf dieser Ebene absolut unbestimmten Bedingung zu verhindern. Und der Gesetzgeber wird angerufen, diese Aufgabe mit höchster Eile zu erfüllen, um die erkannte Gesetzeswidrigkeit der untersuchten Regelung unter dem Gesichtspunkt des heutigen Rechtsschutzdefizits der betroffenen Personen zu überwinden“. Schließlich ist das ein Prinzip ergänzende Urteil Nr. 278 von 2013 zur Anonymität der Mutter und das Recht des Kindes, seine Herkunft zu kennen, um seine Grundrechte zu schützen, von Bedeutung.

Abschnitt 9.2 (*Der Aufschub des Stichtags: die Appelle und die „Geisterhandhabung“*, die diese mit sich bringen) schließlich ist den Mahnungsurteilen gewidmet, die, obwohl sie nicht in die Steuerung der Verfassungswidrigkeitserklärung eingreifen, dennoch einen Ausgleich zwischen Grundsätzen und Werten mit sich bringen, der „typischerweise“ die Grundlage der zeitlichen Handhabung der Rechtswirkungen der Annahmegerichte ist: Der Gesetzgeber wird im Bereich eines Unzulässigkeitsurteils oder eines ablehnenden Urteils aufgefordert, in Bezug auf eine bestimmte Gesetzesordnung zu handeln, um die Legalität wiederherzustellen, von der angenommen wird, dass sie tatsächlich verletzt wurde.

In Bezug auf Mahnungen ist Abschnitt 9.3 (*In Bezug auf gefestigte Appelle: die Beziehung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber angesichts des Beschlusses Nr. 207 von 2018*) vollständig dem Fall Cappato gewidmet, einem wichtigen und bedeutenden juristischen Fall, der es gestattet, die Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber unter einer besonderen Lupe (auf dem Gebiet des Strafrechts) zu untersuchen. Zunächst scheint es relevant, die Sachlage zu erläutern: Der allgemein als DJ Fabo bekannte Fabiano Antoniani, der durch die Folgen eines Autounfalls 2014 querschnittsgelähmt und blind geworden war, bat Marco Cappato im Januar 2017, ihm zu helfen, die Schweiz zu erreichen, wo er die Euthanasie durch den sogenannten unterstützten Suizid beantragt hatte und am 27. Februar 2017 erhielt. Marco Cappato, dem bekannt war, dass auch die alleinige Hilfe bei der Beförderung in die Schweiz des Kranken, der darum bittet, nach italienischem Recht verboten ist, verklagte sich selbst bei seiner Rückkehr nach Italien.

Gegen Marco Cappato wurde ein Verfahren eingeleitet, das später der Ausführung der Straftat nach gemäß Art. 580 ital. StGb als „Verleitung oder Hilfe zum Selbstmord“ rubriziert wurde, nach dem „jeder, der Andere zum Selbstmord bringt oder sie in ihrem Suizidvorhaben bestärkt bzw. auf jedwede Weise dessen Ausführung erleichtert, wird, sofern der Selbstmord erfolgt mit fünf bis zwölf Jahren Haft bestraft“.

Die Prozessverhandlungen fanden am 8. November 2017, am 4. Und 13. Dezember 2017, am 17. Januar 2018 und am 14. Februar 2018 mit Verlesung des Beschlusses durch den Vorsitzenden des Geschworenengerichts Mailand statt, das die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Norm an das Verfassungsgericht verwies.

Das Mailänder Gericht hatte zwei verfassungsrechtliche Legitimitätsfragen aufgeworfen: a) „dort, wo das Verhalten zur Hilfe zum Selbstmord statt des Verhaltens zur Verleitung zu Last gelegt wird und somit abgesehen von seinem Beitrag zur Entscheidung oder Bestärkung des Suizidvorhabens“ wegen angenommenen Widerspruchs zu den Artikeln 2, 13, erster Absatz und 117 des ital. GG zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (EMRK, das in Rom, am 4. November 1950 unterzeichnet, ratifiziert und durch Gesetz Nr. 848 vom 4. August 1955 vollstreckbar wurde); b) „dort, wo das Verhalten der Erleichterung in der Ausführung des Selbstmords vorgesehen ist, das nicht auf den Weg der Entscheidungsfindung des Suizid-Anwärters einwirkt, mit einer Haftstrafe von 5 bis 10 [recte: 12] Jahren, ohne Unterschied zum Verhalten der Verleitung bestraft werden kann“, wegen angenommenen Widerspruchs zu den Artikeln 3, 13, 25, zweiter Absatz, und 27, dritter Absatz, ital. GG.

Das Verfassungsgericht bestätigte bei der Aufnahme des Beschlusses Nr. 207 von 2018 die Nicht-Unvereinbarkeit der Beschuldigung der Hilfe zum Selbstmord mit dem Grundgesetz;



dennoch befand das Verfassungsgericht, spezifische Fälle zu erkennen, in denen das besagte Verbot fallen müsse.

Es handele sich um völlig außergewöhnliche Situationen, und zwar solche, in denen die unterstützte Person sich selbst wie folgt identifiziere: (a) als an einer unheilbaren Krankheit leidend, die (b) körperliches und psychisches Leiden mit sich bringt, die von der Person als absolut nicht auszuhalten betrachtet werden, welche (c) durch lebenserhaltende Maßnahmen am Leben gehalten wird, aber (d) in der Lage ist, Entscheidungen frei und bewusst zu treffen.

In allen anderen Fällen könnte sich der Sterbewille dank Anwendung des ital. Gesetz L. Nr. 219 von 2017 erfüllen, das als Normen zur aufgeklärten Einwilligung und Patientenverfügung) rubriziert ist und durch die Voraussichten des ital. Gesetzes Nr. 38 vom 15. März (Bestimmungen zur Gewährleistung des Zugangs zu Palliativpflege und Schmerztherapie) ergänzt wurde. Anschließend bestätigt das Verfassungsgericht bedeutungsvoll: „Dieses Gericht befindet im Übrigen, zumindest zu diesem Zeitpunkt, keine Abhilfe schaffen zu können gegen die erkannte Rechtsverletzung hinsichtlich der oben aufgeführten Grundsätze durch die bloße Ausweisung aus dem Anwendungsbereich der Strafverfügung jener Fälle, in denen die Hilfe gegenüber Personen geleistet wird, die sich in den gerade beschriebenen Zuständen befinden“, denn „eine solche Lösung würde an sich die Leistung materieller Hilfe gegenüber von Patienten in diesen Zuständen, in einem ethisch-gesellschaftlich höchst empfindlichen Bereich, in welchem jeder mögliche Missbrauch mit Bestimmtheit auszuschließen ist, vollkommen ungeschützt lassen“. Die besagte Regelung müsste anfangs dem Parlament anvertraut werden, da die normale Aufgabe dieses Gerichtshofs die Überprüfung der Vereinbarkeit der vom Gesetzgeber in Ausübung seines politischen Ermessensspielraums bereits vorgenommenen Entscheidungen mit den durch die Notwendigkeit der Beachtung der verfassungsrechtlichen Grundsätze und der Grundrechte der betroffenen Personen vorgeschriebenen Einschränkungen ist.

Das Verfassungsgericht bestimmt also, „seine eigenen Befugnisse zur Steuerung des Verfassungsprozesses“ zu nutzen und die nicht mit dem Grundgesetz übereinstimmende Vorschrift beizubehalten, ohne jedoch deren Anwendung durch die Richter zu verfügen, in Anbetracht der Tatsache, dass die Wirksamkeit der zensierten Regelung im vorliegenden Fall angesichts „dessen besonderer Eigenschaften und wegen der Bedeutung der damit verbundenen Werte“ nicht als erlaubt gelten könnte.

Wie man bemerken kann, scheint die *Ratio* der Unvereinbarkeitserklärung in diesem Fall tatsächlich die Rolle des „steinernen Gastes“ übernommen zu haben.

Der Gerichtshof bestätigt somit: „Um zu verhindern, dass die Vorschrift in dem hier angefochtenen Teil in der Zwischenzeit angewendet werden kann, wobei dem Parlament dennoch die Möglichkeit gegeben ist, die notwendigen Entscheidungen zu treffen, die



grundsätzlich in seinem Ermessensspielraum bleiben – die Notwendigkeit, den Schutz der Patienten in den mit dieser Verkündung angegebenen Einschränkungen zu gewährleisten, bleibt unangetastet – befindet der Gerichtshof somit auf andere Weise vorsorgen zu müssen, indem er also die Aufschiebung des laufenden Verfahrens verfügt und die Verhandlung zur neuen Diskussion der Verfassungsmäßigkeitsfragen für den 24. September 2019 anberaumt; in den anderen Verfahren dagegen obliegt es den Richtern, zu beurteilen, ob, angesichts der Angaben in dieser Verkündung ähnliche Fragen zur Verfassungslegitimität der untersuchten Verfügungen als erheblich und nicht offensichtlich unbegründet anzunehmen sind, um die Anwendung derselben Verfügung in dem hier angefochtenen Teil zu vermeiden“.

Die besagte Verkündung ist durch die nun sehr bekannte Beschlussformel, charakterisiert, welche die getroffene Erklärung der Verfassungswidrigkeit von Art. 580 ital. StGb nicht enthält. Darin heißt es: „Aus diesen Gründen wird die Behandlung der mit dem im Rubrum angegebenen Beschluss aufgeworfenen Fragen zur Verfassungsmäßigkeit auf die öffentliche Verhandlung am 24. September 2019 verschoben“.

Es handelt sich nämlich um einen vorläufigen Beschluss, mit dem das Verfassungsgericht entschied, das Gerichtsverfahren aufzuschieben und die Verfassungswidrigkeit von Art. 580 ital. StGb auf die in derselben Verkündung beschriebene Weise zu überprüfen.

Die deutschen Unvereinbarkeitserklärungen ähneln jedoch in *Ratio* und Aufbau der besprochenen Verkündung, denn derselbe Verfassungsrichter Modugno verwies in Bezug auf Beschluss Nr. 207 von 2018 bei der öffentlichen Verhandlung am 24. September 2019 ausdrücklich auf die deutsche Rechtsprechung.

In erster Linie tritt die „Anwendungssperre der verfassungswidrigen Norm“ hervor; in zweiter Linie tritt die für den Gesetzgeber vorgesehenen Frist und der Verweis auf eine „faire und dialektische institutionelle Zusammenarbeit“ hervor; in dritter Linie tritt der weite Ermessensspielraum, den das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber zur verfassungsgemäßen Gestaltung der Regelung gelassen hat, hervor.

Wie in der Rechtslehre bestätigt, handele es sich um ein „gefestigter“ Appell, ein Urteil zur ermittelten aber nicht erklärten ganz eigenen Verfassungswidrigkeit, eine italienische Unvereinbarkeitserklärung.

Außerdem besonders hervorzuheben ist die Tatsache, dass das Gebiet, auf welchem die besagte Verkündung eingriff, das Strafrecht ist, indem das Ermessen des Gesetzgebers erheblich bedeutend ist.

Trotz der Absicht des Verfassungsgerichts handelte der Gesetzgeber nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, aus diesem Grund referierte das Verfassungsgericht in der am 25. Oktober 2019 veröffentlichten Pressemeldung, dass „der Gerichtshof in Erwartung eines unerlässlichen Eingriffs des Gesetzgebers die Nicht-Strafbarkeit der Beachtung der Verfahren, die in der

Vorschrift zur aufgeklärten Einwilligung, zur Palliativpflege und zur kontinuierlichen tiefen Sedierung (Artikel 1 und 2 des ital. Gesetzes 219/2017) und der Überprüfung sowohl der erforderlichen Bedingungen als auch der Ausführungsverfahren durch eine öffentliche Einrichtung des staatlichen Gesundheitsdienstes nach Anhörung des Bescheids des örtlich zuständigen Ethik-Kommission vorgesehen sind, unterstellt“.

Vor wenigen Tagen wurde das Urteil Nr. 242 von 2019 hinterlegt, mit dem das Verfassungsgericht die „Sage“ Cappato „abschloss“: aus zeitlichen Gründen konnte diese Verkündung, die jedoch in Bezug auf die Beziehung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber von erheblicher Bedeutung für diese Doktorarbeit ist, nicht untersucht werden.

Das Verfassungsgericht entschied somit, die „Verfassungswidrigkeit von Art. 580 des ital. Strafgesetzbuchs dahingehend“ zu erklären, „dass die Strafbarkeit dessen nicht ausgeschlossen wird, der mit der in den Artikeln 1 und 2 des ital. Gesetzes Nr. 2019 vom 22. Dezember 2017 (Normen zur aufgeklärten Einwilligung und Patientenverfügung)– d. h. in Bezug auf die Tatbestände vor der Veröffentlichung dieses Urteils im Amtsblatt der Republik mit gleichwertigen Vorgehensweisen wie in der Begründung – vorgesehenen Art und Weise die Ausführung des sich selbständig und frei gebildeten Suizidvorhabens einer durch lebenserhaltende Maßnahmen am Leben gehaltenen Person, die an einer unheilbaren Krankheit leidet, welche körperliche und psychische Leiden mit sich bringt, die von dieser als nicht auszuhalten angesehen werden, welche aber in der Lage ist, Entscheidungen frei und bewusst zu treffen, sofern diese Bedingungen und die Ausführungsverfahren durch eine öffentliche Einrichtung des staatlichen Gesundheitsdienstes überprüft werden nach Anhörung des Bescheids des örtlich zuständigen Ethik-Kommission erleichtert“.

Der Gesetzgeber, der zum Handeln im Anschluss an die erfolgte Aufschiebung der Rechtswirkungen des Urteils der „ermittelten“ Verfassungswidrigkeit laut Beschluss Nr. 207 von 2018 aufgerufen wurde, scheint zusammen mit und vor allem durch seine Untätigkeit im Urteil Nr. 242 von 2019 in den Vordergrund zu treten.

Das dritte Kapitel ist vollumfänglich der deutschen Praxis der Unvereinbarkeitserklärungen gewidmet, deren wichtigste Vorteile und Problempunkte untersucht werden.

Im 1. Abschnitt (*Die Ratio eines Vergleichs zwischen der „alternativen Tenorierung“ des BVerfG und der zeitlich handhabenden Rechtsprechung des Verfassungsgerichts*) wird versucht, die Gründe, auf denen das Interesse für die zeitlich handhabende deutsche Praxis beruht zu erklären.

Erstens entspricht, wie weiter unten ausgeführt sowohl in der italienischen Ordnung wie auch in der deutschen die Verfassungswidrigkeit einer Norm faktisch seiner Ungültigkeit.

Trotz dieser gemeinsamen Voraussetzung, eben in Hinsicht auf die Notwendigkeit, eine Steuerung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit der Verfassungswidrigerklärung vorzunehmen, sah der deutsche Gesetzgeber eine Änderung des BVerfGG vor, während

dagegen, obwohl die Corte costituzionale in einigen Fällen befunden hatte, von der Rückwirkung der Annahmeerurteile abzuweichen, das Verfassungssystem, wie im ersten und zweiten Kapitel zu zeigen versucht wurde, noch keine Form der Positivierung der Handhabung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit erfahren. Und dies trotz der kürzlichen Einführung von Urteil Nr. 10 von 2015 und Beschluss Nr. 207 von 2018: erstes enthält, wie bereits besprochen, einen ausdrücklichen Verweis auf die deutsche Praxis; zweiter dagegen verweist lediglich implizit auf den Aufbau und die *Ratio* der deutschen Unvereinbarkeitserklärungen. Die besagten Entscheidungen werden aufgrund ihrer Bedeutung Untersuchungsgegenstand in Abschnitt 1.1. (*Die Ratio des Vergleichs: zwei aktuelle Beispiele*). In Abschnitt 1.2. (*Die Problematik eines Vergleichs zwischen der italienischen und der deutschen Praxis*) wird die Problematik bezüglich eines Vergleichs zwischen der italienischen und der deutschen Praxis hervorgehoben.

In erster Linie tritt die verschiedene gesetzliche Regelung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigerklärung hervor; in zweiter Linie die ungleichen Beziehungen zwischen den verschiedenen Verfassungsorganen (zu denen das Verfassungsgericht offensichtlich gehört). In diesem Abschnitt werden diese beiden Aspekte beleuchtet, wobei jedoch nicht zu vergessen ist, dass, wenn auch die Beziehung zwischen BVerfG und dem Gesetzgeber entschieden entspannter ist als in der italienischen Situation, werden in der deutschen Rechtslehre dennoch die Problematiken hervorgehoben, die ein eventuelles Nicht-Erfüllen des Gesetzgebers der Vorgabe des Verfassungsgerichts mit sich bringt; gleichzeitig weisen die Unvereinbarkeitserklärungen Elemente der Unklarheit auf, und zwar in Bezug auf die Möglichkeit, ihre juristischen Folgen sicher kennen zu können, da diese konkret von den Entscheidungen des BVerfG abhängen; aus diesem Grund ist dieser Entscheid zum Teil auch Gegenstand der Kritik durch die deutsche Rechtslehre.

Im Übrigen, während in Bezug auf die italienische Praxis die Unvereinbarkeitserklärungen vor allem angesichts der „unvorhersehbaren“ Folgen kritisiert werden, kann man gleichzeitig nicht übersehen, dass dieselbe Kritik (und nicht nur diese) in der deutschen Rechtslehre angeführt wird, in der auch einige Problempunkte in Bezug auf die Beziehung zwischen Gesetzgeber und BVerfG mit besonderem Verweis auf die zeitlich handhabende Praxis hervorgehoben werden. In Abschnitt 1.3. (*Ziel des Vergleichs mit den deutschen Unvereinbarkeitserklärungen*) wird das Ziel des Vergleichs unterstrichen, das nicht nur in einer Überlegung zur hypothetischen Übertragung dieses Entscheidungstyps in die Sammlung der Entscheidungsmittel des Verfassungsgerichts ist, sondern auch in einer Überlegung zum Thema der „Einschränkung“ der Rückwirkung besteht.

Die nachfolgenden Abschnitte sind der Untersuchung der Norm gewidmet. Im 2. Abschnitt (*Die Wichtigkeitslehre und die Theorie der Vernichtbarkeit*) geht es auf rein theoretischer und allgemeiner Ebene um die Grundzüge der Wichtigkeitslehre und der Vernichtbarkeitstheorie.

Abschnitt 2.1. ist vollumfänglich der *Ipso-iure-Nichtigkeit* gewidmet, die das Panorama der deutschen Rechtslehre seit den fünfziger Jahren beherrscht; es werden die juristischen Modelle untersucht, auf denen sie beruht und auf die Verfassungsnormen und das einfache Recht verwiesen, auf das sie aufbaut.

Abschnitt 2.2. (*Die Theorie der Nichtigkeit im Grundgesetz*) ist den Verfassungsnormen gewidmet, welche

die Grundlage der *Nichtigkeitslehre* darzustellen scheinen.

Abschnitt 2.3. (*Die Nichtigkeit des Verfassungsgesetzes und die Hauptquelle: § 78 BVerfGG*) ist der Untersuchung von § 78 BVerfGG gewidmet, wo es heißt, „Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, dass Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig“. Wie man sieht, bestätigt diese Verfügung die Nichtigkeit der für verfassungswidrige erklärten Norm und steht so im Widerspruch zur „bloßen“ Erklärung der Unvereinbarkeit der verfassungswidrigen Norm.

Abschnitt 2.4. (*Die Gesichtspunkte der Flexibilisierung der Rechtswirkungen der Entscheidung angesichts der Ipso-iure-Nichtigkeit*) ist den allerersten Versuchen des BVerfG gewidmet, eine Ausnahme vom Dogma der Nichtigkeit zu machen und sich auf dieser Weise dem zu nähern, was als „Anwendbarkeit des Rechts“ definiert wurde.

Abschnitt 2.5. ist vollumfänglich der Vernichtbarkeitstheorie des Gesetzes gewidmet; insbesondere werden im Verlauf desselben die theoretischen und gesetzlichen Grundlagen dieser These untersucht, die sich teilweise mit der Notwendigkeit der Überwindung der die Nichtigkeitserklärung charakterisierenden Problempunkten deckt, wobei die Bedeutung, die diese Theorie hinsichtlich der Unvereinbarkeitserklärungen annimmt zu berücksichtigen ist.

Der 3. Abschnitt (*Die Folgen der Nichtigkeitserklärung, § 79 BVerfGG*) ist der Untersuchung der Folgen (gegenüber Vergangenheit und Zukunft) der Verfassungswidrigkeitserklärung gewidmet: Diese Analyse entwickelt sich angesichts einiger von einigen Autoren der deutschen Rechtslehre, darunter vor allen Kneser, Gusy und Ipsen vorgebrachten Thesen.

Abschnitt 3.1. (*Die Vorschläge zur Änderung der Rechtswirkungen der deutschen Nichtigkeitserklärung*) ist, fast symmetrisch zum 2. Abschnitt des 2. Kapitels, der Untersuchung zweier bedeutender Versuche zur Änderung der Rechtswirkungen laut § 79, Abs. 1 BVerfGG (BT-Drs. V/3916) und (BT-Drs VI/388) gewidmet, die, obwohl nie verabschiedet zur Verbreitung einer möglichen Rechtfertigung der Theorie der Vernichtbarkeit der verfassungswidrigen Norm beigetragen haben.

Nach einem Teil der Rechtslehre war der Grund für die mangelnde Änderung der Rechtswirkungen des Nichtigkeitsurteils laut § 79 BVerfGG sehr einfach, denn jede Form der Kodifizierung würde die notwendige Handlungsflexibilität des BVerfG einschränken, welches

im Übrigen durch den Gebrauch der Unvereinbarkeitserklärungen immer anwendbare Handlungen gefunden hat.

In jedem Fall änderte der Gesetzgeber im Jahr 1970 durch das Vierte Gesetz zur Änderung des BVerfGG den § 79 1. Abs. und den § 31 2. Abs., in denen die Möglichkeit vorgesehen ist, dass die verfassungswidrige Norm nicht nur nichtig erklärt wird, sondern auch unvereinbar.

Der umfangreiche 4. Abschnitt (*Die deutschen Unvereinbarkeitserklärungen*) ist den deutschen *Unvereinbarkeitserklärungen* gewidmet, die unter mehreren Gesichtspunkten untersucht werden und in diesem Kapitel Hauptgegenstand der Studie sind.

In Abschnitt 4.1. (*Grundlage und Legitimation der Unvereinbarkeitserklärungen*) werden die allgemeinen Gründe untersucht, die das BVerfGG dazu führten, trotz der Vorgabe des § 78 BVerfGG einen von der Nichtigkeitserklärung verschiedenen Entscheidungstyp einzuführen. Der zu untersuchende Entscheidungstyp ist mit der Zeit nach einem Teil der Rechtslehre zu einer „Regel“ geworden, denn § 78 BVerfGG hätte (nach der Lehre Burkiczaks) ein primitives Wesen angenommen.

Andererseits weist der Pragmatismus des BVerfGG einige bedeutende Schwierigkeiten auf, wie hier hervorzuheben versucht wird: Erstens die der Erkennung einer juristisch-theoretischen Rechtfertigung des besprochenen Entscheidungstyps und zweitens das Problem der Beschreibung der Anwendungstopoi, in Anbetracht der Tatsache, dass die Anwendungskriterien der Unvereinbarkeitserklärungen oft Überlagerungen aufweisen.

In Abschnitt 4.2. (*§ 79 1. Abs. des BVerfGG und § 31, 2. Abs. BVerfGG: die Revolution des Vierten Gesetzes zur Änderung des BVerfGG*) wird das Thema der Revolution des Vierten Gesetzes zur Änderung des BVerfGG in Angriff genommen, das § 79 1. Abs. des BVerfGG und § 31 2. Abs. BVerfGG änderte und die Möglichkeit einfügte, die Norm für unvereinbar zu erklären.

Während in Abschnitt 4.3. (*Der § 31 des BVerfGG*) eben § 31 des BVerfGG, untersucht wird, befasst sich Abschnitt 4.4. (*Der § 35 des BVerfGG*) mit § 35 des BVerfGG, welcher nicht nur die Grundlage der Fortgeltungsanordnung der unvereinbaren Norm, sondern auch die möglichen Formen zu deren Vollstreckung begründet.

Gerade wegen der „pragmatischen“ Natur der Unvereinbarkeitserklärungen ist es schwierig, die Anwendungstopoi dieses Entscheidungsmittels zu erkennen; nicht ohne Grund wird in der maßgeblichen Rechtslehre auf eine pragmatische, flexible und nicht dogmatische zeitlich handhabende Praxis verwiesen, die im 5. Abschnitt (*Das Problem der Erkennung einer Kasuistik der Unvereinbarkeitserklärungen: die pragmatische, flexible und nicht dogmatische Praxis*) behandelt wird.

Ganz allgemein werden *Unvereinbarkeitserklärungen* in folgenden Fällen angewendet:

a) wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, um den Mangel an Verfassungsmäßigkeit zu beseitigen, für gewöhnlich, wenn der Gleichheitsgrundsatz verletzt

wird, da dem Gesetzgeber ein großer Ermessensspielraum zukommt, um die verletzte Legalität wiederherzustellen.

In diesem Fall ist es der Schutz der Ermessenssphäre des Gesetzgebers der zur Grundlage der Beurteilung (oder wenn man will der Abwägung) der juristischen Folgen der Verfassungswidrigerklärung wird.

Hinsichtlich der Beziehung zum Gesetzgeber wird in der Rechtslehre eine Form der spezifischen Koordinierung zwischen BVerfG und Gesetzgeber bezeichnet, in Anbetracht der Tatsache, dass die Unvereinbarkeitserklärung den Ermessensspielraum des Gesetzgebers in Hinsicht auf den Zeitraum zwischen der Erklärung der Unvereinbarkeit und der Einführung der neuen Gesetzesverordnung schützt.

b) wenn ein Übergang von der verfassungswidrigen Lage zur verfassungsmäßigen Situation im Gemeininteresse notwendig ist. Im Wesentlichen erhält dieser Anwendungsbereich in dem Fall Bedeutung, wo die Aufnahme einer Verfassungswidrigerklärung die Verfassungswidrigkeit innerhalb der Rechtsordnung noch verschlimmern würde.

In diesem Sinne tritt die „Chaos-Theorie“ hervor, die im Übrigen an die Verletzung der Artt. 33. 1. Abs., 2. Abs., 3. Abs. und 21 1. Abs. GG anknüpft.

Während man die Einwendung der möglichen Unbestimmtheit der s. g. Anwendungstopoi der Unvereinbarkeitserklärungen eben wegen des Fehlens einer umfassenden Gesetzesgrundlage, die in Abschnitt 5.1. (*Gibt es einen Numerus clausus der Anwendungsfälle der Unvereinbarkeitserklärungen?*) angesprochen wird, im Hinterkopf behält, wird im 6. Abschnitt (*Die Unterkategorien der Unvereinbarkeitserklärungen*) auf die notwendige Unterscheidung zwischen den Unvereinbarkeitsentscheidungen und den s. g. Appellentscheidungen hingewiesen, um dann im Verlauf von Abschnitt 6.1. (*Das „reine“ Unvereinbarkeitserklärung*) zur Untersuchung der Hauptmerkmale der reinen (oder schlichten) Unvereinbarkeitserklärung überzugehen, die sich vor allem durch eine Reformpflicht (mit dem Ziel der Garantie der freien Ausübung durch den Gesetzgeber seines Werks zur Beseitigung des vom BVerfG entschiedenen Legitimitätsmangels) und durch die s. g. Anwendungssperre des für verfassungswidrig erklärten Gesetzes charakterisiert, wie im Übrigen in der allerersten Unvereinbarkeitsentscheidungen, BVerfGE 28, 227 (*Steuerprivilegierung Landwirte*) vorgesehen war.

Abschnitt 6.2. (*Die Unvereinbarkeitserklärung und die s. g. weitere Anwendbarkeit des für unvereinbar erklärten Gesetzes*) ist der Untersuchung des Aufbaus der vom BVerfG verfügten Anordnung der Anwendung des für unvereinbar erklärten Gesetzes: wie in diesem Abschnitt gezeigt wird, betrachtet die Rechtslehre das Mittel der Fortgeltungsanordnung als eine Art „Ebene“ des „reinen“ Unvereinbarkeitsurteils; gleichzeitig wird deren so verschiedenartiger Aufbau untersucht. In diesem Sinn wird auf die vorläufige Weitergeltungsanordnung und die endgültige Weitergeltungsanordnung verwiesen.



Die Fortgeltungsanordnung wird auch in Abschnitt 6.2.1. untersucht, wo die gesetzliche Grundlage der Fortgeltungsanordnung zum Analyseobjekt wird; gleichzeitig erfolgt eine Überlegung zur Möglichkeit, die Voraussicht der zeitlich beschränkten Anwendung des für unvereinbar erklärten Gesetzes mit der Normenhierarchie zu vereinen.

Die Lösung scheint in dem vom BVerfG verspürten Bedürfnis, die verfassungsfernere Lösung auszuschließen zu liegen.

In Abschnitt 6.2.2. (*Die in der Motivation der Unvereinbarkeitserklärungen liegende Schwierigkeit, vor allem in Bezug auf die mit Fortgeltungsanordnung verbundenen Erklärungen*) wird der Problempunkt der schwierigen Erkennung der Folgen, die sich aus den Unvereinbarkeitsurteilen ergeben können, behandelt, und insbesondere im Fall der mit Anordnung der s. g. weiteren Anwendbarkeit, verbundenen Entscheidungen, in Anbetracht der Tatsache, dass das BVerfG die Folgen der Unvereinbarkeitsentscheidungen offen lässt.

In Abschnitt 6.3. (*Die mit einer Übergangsregelung verbundenen Unvereinbarkeitserklärungen*) werden dagegen die mit einer vom selben BVerfG bestimmten Übergangsregelung verbundenen Unvereinbarkeitsentscheidungen analysiert.

Die besagten Übergangsregelungen bestehen auch unabhängig von der Anwendung der Unvereinbarkeitserklärungen, denn diese können an Nichtigkeitserklärungen gebunden sein: Man denke beispielsweise an die Entscheidungen BVerfGE 1, 39 – *Schwangerschaftsabbruch I* und BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

Wie weiter unten gezeigt, übernehmen die Übergangsregelungen, wenn sie in Begleitung der Unvereinbarkeitserklärungen beschlossen werden, die Rolle der „Entscheidungsgrundlage“, und zwar deshalb, weil die Übergangsregelung keinen unabhängigen Entscheidungstyp darstellt. Der 7. Abschnitt (*Die Anwendungsgebiete der Unvereinbarkeitserklärungen*) besteht aus mehreren Unterabschnitten und beschäftigt sich mit Überlegungen zu den Anwendungsgebieten der deutschen Unvereinbarkeitserklärungen, die vor allem in Bezug auf die italienische Praxis von besonderem Interesse sind.

Wie weiter unten gezeigt, basieren die Unvereinbarkeitserklärungen auf denselben Gründen wie die vom Verfassungsgericht entwickelte umfangreiche Sammlung an Entscheidungsmitteln, d. h. zum Beispiel die Urteile mit verschobener Verfassungswidrigkeit, die ein Prinzip ergänzenden Urteile und die Urteile zur ermittelten aber nicht erklärten Verfassungswidrigkeit. Erstens ist der Anwendungstopos der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, zu berücksichtigen, der in Abschnitt 7.1. (*Die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und der Schutz des Ermessensspielraums des Gesetzgebers*) ausgehend von der ersten „offensichtlichen“ Entscheidung mit Verzicht auf die Anwendung der *Nichtigkeitserklärung* BVerfGE 22, 349 (361-362) – *Waisenrente und Wartezeit* – untersucht wird.



Das Ziel, die Optimierung der Beseitigung des Mangels an Verfassungsmäßigkeit zu gewährleisten, vereint sich im Fall der Verletzung des – in Art. 3 GG dargelegten Gleichheitsgrundsatzes – mit dem Schutz des Ermessensspielraums des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 17, 148; BVerfGE 93, 386; BVerfGE 71, 39; BVerfGE 105, 73; siehe schließlich auch das Urteil zum dritten Geschlecht vom 10. Oktober 2017). Während in Abschnitt 7.1.1. (*Die Einführung der Nichtigerklärung im Fall der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes*) die (außergewöhnlichen) Gründe behandelt werden, aufgrund derer das BVerfG verfügt, die Nichtigerklärung anzuwenden, obwohl ein Gleichheitsgrundsatz verletzt wurde, beschäftigt sich Abschnitt 7.2. (*Die s. g. Chaos-Theorie*) mit der Theorie, die auch als „Argument der juristischen Folgen“ bezeichnet wird: Dieses Argument liegt, wie man im Verlauf dieses Kapitels sieht, dem Verzicht auf die Anwendung der Nichtigerklärung zugrunde, d. h. die Gefahr eines noch „verfassungsferneren Zustands bei Nichtigerklärung“ (vgl. BVerfGE 37, 217; BVerfGE 33, 303; BVerfGE 132, 134). Es ist interessant zu bemerken, dass dieser Anwendungstopos im Bedürfnis, die Rechtssicherheit und den Rechtsstaat zu gewährleisten, substantiiert werden kann; weiter könnte das BVerfG nicht nur gesellschaftliche, sondern auch durch das Grundgesetz gewährleistete Grundrechte schützen wollen. Wegen der Bedeutung der Kategorie der Rechtssicherheit in der Praxis der Unvereinbarkeitserklärungen ist Abschnitt 7.2.1. (*Rechtssicherheit ... Eine elastische Kategorie*) einer Untersuchung der Beziehung zwischen diesem juristischen „Gut“ und der zeitlich handhabenden Praxis des BVerfG gewidmet; in Abschnitt 7.2.2. (*Der Schutz des Gemeinwohls und die mit Fortgeltungsanordnung verbundenen Unvereinbarkeitserklärungen*) wird eine Überlegung zur Beziehung zwischen den mit Fortgeltungsanordnung verbundenen Unvereinbarkeitserklärungen und der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit zum Schutz des Gemeinwohls entwickelt (vgl. BVerfGE 91, 186; BVerfGE 198, 190; BVerfGE 109, 190); der nächste Abschnitt 7.3. (*BVerfG und Strafrecht*) behandelt die Verwendung der Unvereinbarkeitserklärungen (insbesondere der mit Fortgeltungsanordnung verbundenen) durch das BVerfG auf dem Gebiet des Strafrechts. Dieser Abschnitt ist für italienische Forscher besonders interessant, nicht nur angesichts des weiten Ermessensspielraums, der dem Gesetzgeber auf dem Gebiet des Strafrechts zukommt, sondern auch angesichts der Aufnahme des kürzlichen Beschlusses Nr. 208 von 2017, der im späteren Verlauf seine „Folge“ in Urteil Nr. 242 von 2019 fand (vgl. BVerfGE 109, 190; die Verkündigung zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011, oder weiter die Entscheidung vom 20. April 2016 zum Thema Bundeskriminalamtgesetz).

Wie man sehen wird, scheinen der Gesetzgeber und das BVerfG auf dem Gebiet des Strafrechts zwischen den Vorgaben der Beachtung des legislativen Ermessens und der erfolgten Unvereinbarkeitserklärung der nicht mit der Verfassung zu vereinbarenden Strafnorm zu „dialogisieren“.

Abschnitt 7.4. (*Der Topos der Finanz- und Haushaltsplanung*) ist der zwischen der Annahme der Unvereinbarkeitserklärung, seiner zeitlichen Wirkung und der Notwendigkeit zum Schutz des Staatshaushalts bestehenden Beziehung gewidmet. Zu diesem Zweck darf man die Tatsache nicht vergessen, dass die Weitergeltungsanordnung eine ausreichende juristische Grundlage ist, um die Zahlung der Steuern von den Bürgern zu fordern und dass diese gleichzeitig ein mögliches Mittel darstellt, um das Auftreten einer unsicheren Rechtssituation zu verhindern, da die Steuereinnahmen des Bundes oder der Länder verloren gehen könnten (vgl. BVerfGE 138, 136; Urteil vom 15. Januar 2019 2 BvL 1/09). Der Abschnitt 7.5. (*Die Unvereinbarkeitserklärungen gegenüber der legislativen Unterlassung*) behandelt die Beziehung zwischen der Unterlassung des Gesetzgebers und dem Verzicht auf die Nichtigkeitserklärung einer Norm. Es handelt sich im Wesentlichen um ein vollkommen primitives – und problematisches – Kriterium der Anwendung der Unvereinbarkeitserklärungen, wie es auch die Kategorie hinsichtlich des Ermessens des Gesetzgebers ist, dessen Hauptmerkmale in Abschnitt 7.6. (*Ein primitives Kriterium: der Ermessensspielraum des Gesetzgebers*) untersucht werden. Im 8. Abschnitt (*Die Folgen der Unvereinbarkeitserklärungen: Eine allgemeine Übersicht*) werden die Folgen analysiert, die ganz allgemein die Anwendung der Unvereinbarkeitserklärung betreffen, wobei jedoch zu unterstreichen ist, dass die Folgen je nach der „konkreten“ Praxis, die dasselbe BVerfG befindet, Änderungen unterliegen können.

Die Auswirkungen der Unvereinbarkeitserklärung haben keine „klare Linie“.

Ganz allgemein folgt der Anwendung einer Unvereinbarkeitserklärung die Pflicht des Gesetzgebers, den Mangel an Verfassungsmäßigkeit zu beseitigen und die Pflicht der Richter, die Vorgabe des Gerichts in Bezug auf die für unvereinbar erklärte Norm zu befolgen. In Bezug auf die Beziehung zwischen BVerfG und Gesetzgeber wird in Abschnitt 8.1. (*Die aus der Pflicht zur Reform der unvereinbaren Norm, der s. g. Nachbesserungspflicht entstehenden Folgen*) die Reformpflicht des Gesetzgebers untersucht und deren *ex tunc*- bzw. *ex nunc*-Wirkung je nachdem, wie das Bundesverfassungsgericht von Fall zu Fall entscheidet. In diesem Abschnitt wird versucht, auch die Natur und das Gebundensein an die Frist zu untersuchen, einem nicht ganz unbekannten Instrument im Bereich des italienischen Verfassungsrechts. Obwohl der Deutsche Bundestag häufig innerhalb der vom BVerfG, vorgesehenen Frist eingreift, gibt es doch auch Fälle, in denen der Gesetzgeber nicht innerhalb des vorgesehenen Zeitraums gehandelt hat (vgl. BVerfGE 99, 300; und das Urteil zur Erbschaftssteuer vom 17. Dezember 2014).

In Bezug auf Problematiken hinsichtlich der Untätigkeit des Gesetzgebers kommt man nicht umhin, das in der übermäßigen zeitlichen Verlängerung der Anwendungssperre liegende Risiko zu betrachten (vgl. BVerfGE 82, 136).

In Hinsicht auf die anderen Verfassungsorgane hat die Rechtslehre im Fall von legislativer Untätigkeit zwei verschiedene Möglichkeiten zum „Sperren“ des verfassungswidrigen Zustands

erkannt: Eingriff der Gerichte, die dazu aufgerufen sind, verfassungsmäßig zu entscheiden und Eingriff desselben BVerfG in „Einzelfall“ gemäß § 35 des BVerfGG.

Hinzu kommt, wie man weiter unten sieht, dass es schwierig ist, die Nichtigkeit der für unvereinbar erklärten Norm bei Untätigkeit des Gesetzgebers vorauszusehen.

In jedem Fall sind die Probleme hinsichtlich des mangelnden Nachkommens der Nachbesserungspflicht eher theoretischer Art, wenn man die bestehende gute Zusammenarbeit zwischen Gesetzgeber (Richtern) und BVerfG bei der Umsetzung der zeitlich handhabenden Praxis bedenkt.

In Abschnitt 8.2. (*Die spezifischen Folgen der Unvereinbarkeitserklärungen*) werden die spezifischen juristischen Folgen der Unvereinbarkeitserklärungen untersucht, wobei vor allem die „reinen“ und die mit weiterer Anwendbarkeit verbundenen Unvereinbarkeitserklärungen betrachtet werden.

Der 9. Abschnitt (*Der Zeitfaktor der Unvereinbarkeitserklärungen: ein flexibles Entscheidungsmittel*) widmet sich der zeitlichen Orientierung, welche die Rechtswirkungen der Unvereinbarkeitsurteile annehmen können, und zwar *ex tunc*- oder *ex nunc*-Wirkung, je nach der ihrerseits von der Reformpflicht des Gesetzgebers angenommenen zeitlichen Orientierung. Die mit der bloßen *ex nunc*-Wirkung der Unvereinbarkeitserklärungen verbundenen Problematiken, die in den Bereichen zur Beurteilung der konkreten Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde am deutlichsten hervortreten, sind für das italienische Verfassungsrecht besonders interessant, in Anbetracht der Tatsache, dass dieses weitgehend durch die Inzidentalität des Systems charakterisiert ist, das durch die Unterbrechung des Inzidentalitätszusammenhangs stark beeinträchtigt würde.

Die gleichen Problematiken scheinen sich laut der deutschen Rechtslehre in Bezug auf die beiden eben angeführten deutschen Urteilstypen zu stellen; ein deutliches Beispiel ist das in diesem Abschnitt untersuchte Urteil, die Entscheidung vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14.

Angesichts der Ausführungen im ersten, zweiten und dritten Kapitel werden im letzten die Schlüsse dieser Doktorarbeit gezogen und versucht einen roten Faden zwischen der zeitlich handhabenden Rechtsprechung des ital. Verfassungsgerichts und der des BVerfG zu finden, und zwar anhand der Untersuchung einiger Aspekte, die das heutige Verfassungsrecht zu „modellieren“ scheinen und deren korrekte Funktionsweise dadurch beeinflussen.

Die abschließenden Betrachtungen (4. Kapitel) drehen sich um die Beziehung zwischen Verfassungsgerichtshof und Gesetzgeber der italienischen Praxis einerseits und der deutschen andererseits (1. Abschnitt), um die Beachtung des legislativen Ermessens in der italienischen Praxis einerseits und der deutschen andererseits (2. Abschnitt) und um die Notwendigkeit, „übermäßige Folgen“ zu verhindern, sowohl in der italienischen als auch in der deutschen Praxis (3. Abschnitt).

Weiter angesichts der deutschen Praxis, die sich auf den Schutz der Grundrechte aber weitgehend auch der Rechtsordnung insgesamt zu konzentrieren scheint, wird versucht, über eine mögliche neue Theorie der „Verfassungsfestigkeit“ des Rechtssystems nachzudenken (4. Abschnitt - *Eine neue Theorie der „Verfassungsfestigkeit“ des Rechtssystems? Überlegungen zur deutschen Praxis*).

Nach dieser Klarstellung kommt man zur Endaussage dieser Doktorarbeit, die mit dem 5. Abschnitt (*Reformbedarf der Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile. Auf welche Weise?*) schließt: Es ist unbestreitbar, dass die Unumgänglichkeit der Rückwirkung den verfassungsrechtlichen (materiellen) Problematiken zugrunde liegt.

Die deutsche Praxis der Unvereinbarkeitserklärungen beeinflusst das Verfassungsrecht unter mehreren Gesichtspunkten.

Erstens in Hinsicht auf die Verbindung zwischen Verfassungsgericht und Legislativorgan.

Eine Bestimmung des zeitlichen Elements der Rechtswirkungen der Entscheidungen der koordinierten Verfassungswidrigkeit gestattet es dem Gerichtshof, die Grenzen des Ermessensspielraums des Gesetzgebers zu ziehen.

Daher die Bedeutung der Frist zur Eingrenzung der gesetzgebenden Gewalt innerhalb der verfassungsrechtlichen Trasse, um eine gemeinsame Beseitigung des Mangels an Verfassungsmäßigkeit zu fördern.

Im Gegenfall muss das italienische Verfassungsgericht „alles alleine machen“.

Wie bereits angemerkt, sind die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die beispielsweise die mangelnde Reform des Strafgesetzbuchs von 1930 mit sich bringt, das unter anderem zu einem „unsystematischen und ungenauen“ wie auch nicht in den Werterahmen der Verfassungsurkunde passendes Strafsystem geworden ist.

Von erheblicher Bedeutung ist in dieser Hinsicht die kürzliche Pressemitteilung in Bezug auf die endgültige Entscheidung in der „Cappato-Sage“, die auf der offiziellen Website des Verfassungsgerichts am 25. September 2019 veröffentlicht und durch das entsprechende nachfolgende Urteil Nr. 242 von 2019 bestätigt und in dieser Studie bereit ausgiebig behandelt wurde. Aufgrund seiner Relevanz wird hier der Text der Mitteilung vollumfänglich wiedergegeben: „Das Verfassungsgericht hat sich zur Urteilsfindung zurückgezogen, um die vom Mailänder Geschworenengericht zu Artikel 580 des Strafgesetzbuchs aufgeworfenen Fragen zur Strafbarkeit der Hilfe zum Selbstmord gegenüber einer Person, die entschlossen ist, ihrem Leben ein Ende zu setzen, zu untersuchen. In Erwartung der Urteilshinterlegung lässt die Presseabteilung wissen, dass der Gerichtshof eine Person, welche die Ausführung des selbständig und frei gebildeten Suizidvorhabens eines durch lebenserhaltende Maßnahmen am Leben gehaltenen Patienten, der an einer unheilbaren Krankheit leidet, welche körperliche und psychische Leiden mit sich bringt, die von diesem als

nicht auszuhalten angesehen werden, welcher aber in der Lage ist, Entscheidungen frei und bewusst zu treffen, erleichtert, unter bestimmten Bedingungen für nicht strafbar laut Artikel 580 des Strafgesetzbuchs hält.

In Erwartung eines unerlässlichen Eingriffs des Gesetzgebers hat das Verfassungsgericht die Nicht-Strafbarkeit der Beachtung der Verfahren, die in der Vorschrift zur aufgeklärten Einwilligung, zur Palliativpflege und zur kontinuierlichen tiefen Sedierung (Artikel 1 und 2 des ital. Gesetzes 219/2017) und der Überprüfung sowohl der erforderlichen Bedingungen als auch der Ausführungsverfahren durch eine öffentliche Einrichtung des staatlichen Gesundheitsdienstes nach Anhörung des Bescheids des örtlich zuständigen Ethik-Kommission vorgesehen sind, unterstellt.

Der Gerichtshof unterstreicht, dass die Festlegung dieser spezifischen Bedingungen und Verfahrensweisen, die aus bereits in der Ordnung vorhandenen Normen abgeleitet werden, notwendig wurde, um die Risiken des Missbrauchs gegenüber besonders schwachen Personen zu verhindern, wie bereits in Beschluss 207 von 2018 hervorgehoben. Gegenüber den bereits umgesetzten Verhalten wird das Gericht das Bestehen äquivalenter materieller Bedingungen zu den oben angeführten beurteilen“.

Wie man beim einfache Lesen der Mitteilung erahnen kann, war es Absicht des Verfassungsgerichts, bei der Erklärung der Nicht-Strafbarkeit der Person, die unter bestimmten Bedingungen die Ausführung des Suizidvorhabens erleichtert (es handelt sich um die in Beschluss Nr. 207 von 2018 festgelegten Bedingungen), den Gesetzgeber aufzufordern, der erneut auf dem Gebiet des Lebensendes durch eine eigene Regelung eingreifen soll: Zweck des Beschlusses Nr. 207 von 2018 war gerade die zeitliche Verschiebung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigerklärung, um „vor allem dem Parlament zu gestatten, durch eine angemessene Regelung einzugreifen“.

Und wie man sieht, befand das Verfassungsgericht, gegenüber der fehlenden gesetzgebenden Handlung in der Rechtsordnung eine Form des Schutzes der Einzelnen durch Anwendung der bestehenden Bestimmungen zum Lebensende zu erkennen: Daher die (offensichtliche) Bedeutung, die dem Thema der Abstimmung zwischen Verfassungsgericht und Legislativorgan zukommt.

Der Fall Cappato bestätigt die Idee, dass die Zusammenarbeit zwischen Gerichtshof und Parlament, sich eben in Richtung einer möglichen Einführung der Trennung zwischen dem Zeitpunkt der Feststellung und dem der Erklärung der Verfassungswidrigkeit bewegen könnte, ohne den Inzidentalitätszusammenhang zu opfern. In diesem Sinn treten die Unvereinbarkeitsentscheidungen hervor, bei denen der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, den Mangel an Verfassungsmäßigkeit mit Rückwirkung zu „bereinigen“, sodass ein solches Modell

funktionieren kann; dennoch ist es notwendig, der Abstimmung zwischen Gerichtshof und Parlament – wenn möglich – einen bestimmten Grad juristischer Gebundenheit zu verleihen. Anhand der deutschen Praxis und in Hinsicht auf das (entschieden kreative) zu formulierende Gesetz könnte eine bedeutende Verfassungsreform, in dieser Richtung vom Verfassungsgesetzgeber in Betracht gezogen werden (auch in diesem Fall unter Voraussicht der Rückwirkung im vorgelegten Verfahren).

Wie man sehen konnte, sind die Entscheidungen des BVerfG gesetzeskräftig und bindend für alle Verfassungsorgane; sicher ist diese Grundlage in erster Instanz vorgesehen und sicher beruht auch die Pflicht des deutschen Gesetzgebers zur Beachtung der Entscheidung des BVerfG theoretisch auf Verfassungsgesetzen: dennoch wäre es vielleicht nützlich, die Vorgaben des Art. 136 2. Abs. ital. GG aufzuwerten, der, wenn auch in Bezug auf eine Beurteilung der Nützlichkeit des Eingriffs durch die Kammern und die betroffenen Regionalversammlungen doch „eine ausdrückliche und dynamische Verbindlichkeit [...] der Legislativfolgen“ darzustellen scheint. Eine mögliche Festigung der Verbindung zum Gesetzgeber könnte also durch eine Verfassungsreform umgesetzt werden, und zwar insbesondere durch die Änderung von Art. 132 2. Abs. ital. GG.

Auf diese Weise würde die Möglichkeit des Verfassungsgerichts zur Festlegung einer Frist für den Gesetzgeber gerechtfertigt, ein Verfahren, das im Übrigen in unserem Verfassungssystem sicher nicht unbekannt ist, wie man sehen konnte.

Sollte das Verfassungsgericht aufgrund verfassungsrechtlicher Bedürfnisse befinden, auf eine Form der Modellierung der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit und damit einer zeitlichen Verschiebung der Wirksamkeit der Verfassungswidrigerklärung durch eine Rückwirkungsklausel nicht verzichten zu können, dann gäbe es zwei mögliche Lösungen, die in Bezug auf ihre konkrete (aber eventuelle) „leichte“ Umsetzbarkeit in absteigender Reihenfolge erläutert werden, im Bewusstsein jedoch, dass die Annahme einer der drei Vorschläge erhebliche Schwierigkeiten aufweist, sodass es vielleicht ratsam wäre, dass der Gesetzgeber sie alle untersucht und so dem Gerichtshof Spielraum lässt, durch eine Abwägung nach Feststellung einer elastischen Regelung der Rechtswirkungen zu handeln.

Es ist jedoch sicher, dass die zuerst umrissene Lösung in jedem Fall die zu sein scheint, die am ehesten einer „Rückkehr zum Ursprung“ des Verfassungsrechts entspricht, einschließlich der für das österreichische Verfassungsrecht im Bereich der *ex nunc*-Wirkung so typischen „Umfassungsprämie“, die es ermöglicht, gleichzeitig sowohl den Einzelfall als auch die Ordnung insgesamt zu schützen.

a) angesichts einer angemessenen Ermittlung könnte das Verfassungsgericht die Rechtswirkung der Verfassungswidrigerklärung auf Grundlage einer strengen Reglementierung aller an die Folgen der Einschränkung oder „Aussetzung“ der mit der Rückwirkung verbundenen Aspekte



und der Fälle, in denen eine derartige relevante und bedeutende Ausnahme in vollkommen außergewöhnlicher Weise erfolgen könnte, in der Zeit verschieben (wie es in Bezug auf die deutsche Praxis nicht geschehen ist), ebenfalls nach einer „kelsenschen Orientierung“ der Reform des Artikels 30 3. Abs. ital. GG.

In diesem Sinn tritt das Gesetzesdekret d.d.l. Lanzillotta hervor, wo befunden wurde, zu einer „schlichten“ Reglementierung jener Fälle überzugehen, in denen der Gerichtshof eine Modulation der Rechtswirkungen im Verlauf der Zeit legitimerweise hätte tätigen können. In Art. 1 des Gesetzesentwurfs A.S. 1952 war vorgesehen, „c) im dritten Absatz des Artikels 30 werden am Ende folgende Worte hinzugefügt: „, außer falls der Gerichtshof eine andere Handhabung der Wirksamkeit im Verlauf der Zeit derselben Entscheidung zum Schutz anderer Verfassungsgrundsätze verfügt“.

Die „allgemeine“ Formulierung ähnelt dem ersten Änderungsvorschlag für § 79 des BVerfGG: Die Ausdehnung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigerklärung war in beiden Fällen vorgesehen, in denen wie hervorzuheben ist, das deutsche und das italienische Verfassungsgericht „freie Hand“ gehabt hätten.

Vielleicht könnte man aber in Hinsicht auf die gemeinsame Trendlinie bemerken, dass Grundlage einer eventuellen Positivierung der zeitlichen Handhabung der Rechtswirkungen der Verfassungswidrigkeitssprüche eine übermäßige Versteifung der Fälle, welche die Verfassungsgerichte zur Abweichung von der Rückwirkung der Verfassungswidrigerklärung legitimieren würden, sein könnte.

b) man könnte – mit der angemessenen Vorsicht und im Bewusstsein der erheblichen Problematik, die diese aufweist – eine dritte Lösung von anderer Art erfinden, die von einer ganz einfachen bloßen *ex nunc*,-Wirkung geprägt und von der Zusammenarbeit des Gesetzgebers und der Gerichte begleitet wäre (grundsätzlich nach dem Vorbild jener Unvereinbarkeitsentscheidungen, die keine „reinen“ Unvereinbarkeitsentscheidungen sind).

Eine solche Hypothese und extreme Lösung könnte von der Betrachtung ausgehen, dass die Rettung allein des vorgelegten Verfahrens vor der gesetzlichen Priorität den Gleichheitsgrundsatz (und auch den damit verbundenen Grundsatz des Rechts auf Verteidigung) verletze.

Abgesehen von der Vorliebe für das erste vorgeschlagene Modell könnte es sich vielleicht auch auf Grundlage einer elastischen Reform der Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile als nützlich erweisen, dem Verfassungsgericht die Wahl des verfassungsrechtlich zwingenden Wegs – Auswegs – dem, welcher der geringsten Qual am nächsten kommt, zu überlassen, wobei alle Möglichkeiten sorgfältig abzuwägen sind, wenn man bedenkt, dass in der Tat im Fall a) einer „ungeregelten“ Modulation ohne juristische Grundlage, b) der Vorgabe einer Modulation unter Beachtung des Grundsatzes der Rückwirkung nur im vorgelegten Verfahren und c) einer ganz



einfachen Modulation ohne Beachtung des Rückwirkungsprinzips, man in jedem Fall einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes oder des Grundsatzes des Rechts auf Verteidigung (oder beider) beiwohnt.

Sicher ist es nicht einfach, eine angemessene Änderung der Regelung der Rechtswirkungen der Annahmeerurteile in Anlehnung an das deutsche Modell vorzusehen: Mit jeder Hypothese für das zu formulierende Gesetz sind erhebliche Schwierigkeiten verbunden.

Und doch ist zum heutigen Stand vielleicht sicher, dass die Lösung, die Augen vor den vom Verfassungsgericht verspürten Bedürfnissen zu schließen, dem Rahmen, in welchem dieses sich bewegt, nicht gerecht werden würde, denn dieses sollte manchmal, eben aufgrund der Beachtung des Grundsatzes der höheren Stellung der Verfassung, die Möglichkeit haben, die Rückwirkung angesichts einer größeren Verfassungswidrigkeit auszuschließen und dem Gesetzgeber gestatten, durch eine gute Verwendung seines Ermessensspielraums wieder zu einer größeren Verfassungsmäßigkeit zu gelangen.

## Introduzione

L'oggetto della presente tesi di dottorato consiste nello studio della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, al quale si accompagna un'ampia indagine intorno alle decisioni di incompatibilità tedesche, le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Per introdurre tali tematiche, è interessante segnalare che, nel corso dell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2019, il Giudice relatore ha esplicitamente menzionato proprio l'esperienza tedesca per sottolineare la peculiarità e l'innovatività della tecnica sperimentata dalla Corte costituzionale in occasione del cd. "*Caso Cappato*". Di qui, la forte attualità di uno studio della prassi temporalmente manipolativa tedesca nel contesto dell'analisi della gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

La gestione da parte dei Tribunali costituzionali degli effetti della declaratoria di incostituzionalità sembra costituire un'esigenza comune, per rispettare la sfera discrezionale del legislatore e, ad un tempo, per tutelare l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Peraltro, in una prospettiva generale, il tema della modulazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo è intimamente correlato alla natura della Corte costituzionale, giurisdizionale e politica al tempo stesso.

Le riflessioni proposte nelle seguenti pagine, pertanto, non potranno prescindere da un esame del ruolo ricoperto dalla Corte costituzionale e dal *Bundesverfassungsgericht* nei rispettivi ordinamenti, specie per quanto concerne il loro rapporto con il legislatore: una collaborazione "proficua" tra organi costituzionali permette infatti ai Giudici delle leggi di svolgere senza eccessive criticità il proprio ruolo di "Guardiani della Costituzione"; al contrario, se il Tribunale costituzionale viene lasciato "solo", è altamente probabile che lo stesso sistema di giustizia costituzionale ne esca indebolito, financo delegittimato.

Il rischio sotteso alla mancata cooperazione tra organi rispetto alla concretizzazione del dettato costituzionale sembra così essere quello di una divisione tra poteri costituzionali incapace di rispondere alle esigenze delle democrazie costituzionali contemporanee, preposte alla tutela dei diritti fondamentali.

Una leale collaborazione - nello specifico, tra Corte e legislatore - pare rappresentare il presupposto per dar vita ad una giurisprudenza temporalmente manipolativa: ne è un chiarissimo esempio proprio l'esperienza tedesca, contraddistinta da un afflato pragmatico pressoché inesistente nel panorama della giustizia costituzionale italiana. Allo stesso modo, una collaborazione proficua tra Corte costituzionale e giudici comuni sembra costituire un'ulteriore pietra miliare della gestione degli effetti nel tempo da parte dei Tribunali costituzionali.

Tanto premesso, nel primo capitolo della presente tesi si analizzerà la disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, dando ampio spazio al principio dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

Nel secondo capitolo si darà conto della più rilevante giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale, considerando quella verso il “passato” e quelle verso il “futuro”; ampio spazio verrà dedicato al cd. “*Caso Cappato*”, il quale ha rivitalizzato, insieme alla sent. n. 10 del 2015, il tema della Corte costituzionale quale *dominus* del proprio processo e degli effetti delle proprie decisioni.

Verranno messe in luce le criticità sottese alla modulazione degli effetti, non senza evidenziare le ragioni che conducono il Giudice delle leggi a forzare il quadro normativo di riferimento, ponendo in essere, nella maggior parte dei casi, dei veri e propri *escamotages*, talvolta uscendo dal perimetro tracciato dalla disciplina degli effetti delle sentenze di incostituzionalità.

Nel terzo capitolo, dedicato specificatamente al sistema tedesco, dopo una disamina del dogma della nullità della norma incostituzionale, si tratterà approfonditamente della tecnica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. Tali decisioni costituiscono, a ben vedere, la cartina di tornasole per ricostruire i rapporti tra il Tribunale costituzionale e il legislatore alla luce, in conseguenza dell'allentamento degli effetti tipici della declaratoria di incostituzionalità, o, se si vuole, della *Nichtigkeitserklärung*.

Tramite queste decisioni, il *BVerfG* dichiara l'incompatibilità di una norma senza determinarne l'espunzione dall'ordinamento giuridico, posto che la norma non viene dichiarata nulla ma solamente incompatibile: di qui, la nascita di un dovere in capo al legislatore di procedere all'immediata rimozione della disciplina non conforme a Costituzione (oppure entro il termine rappresentato dal *Frist*).

Quest'analisi consentirà di rimarcare ulteriormente il nesso fortissimo – quasi una sorta di *fil rouge* – che unisce la modulazione degli effetti nel tempo, da una parte, e un virtuoso raccordarsi degli organi costituzionali, dall'altra.

L'esperienza tedesca presenta senz'altro importanti pregi: tra questi rileva certamente il rispetto della discrezionalità legislativa quale strumento per la rimozione del vizio di legittimità costituzionale e quindi per il ripristino della legalità violata; essa, nondimeno, si rivela portatrice di profili problematici: anzitutto, l'efficacia *ex nunc* della *Unvereinbarkeitserklärung*, alla quale consegue, in concreto, la riforma esclusivamente *pro futuro* del legislatore. Tale circostanza, all'evidenza, risulta problematica perché sembra postulare una recisione del nesso di incidentalità con riferimento al giudizio della *konkrete Normenkontrolle*, oppure, nel caso della *Verfassungsbeschwerde*, il mancato soddisfacimento dei ricorrenti. Sotto un diverso profilo, la peculiare struttura che contraddistingue le diverse varianti delle decisioni di incompatibilità

tedesche si rivela foriera di una possibile violazione del principio di difesa (quantomeno, fino al momento in cui non interviene il legislatore a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale).

E tuttavia, come si vedrà, la tutela ordinamentale nel suo complesso sembra porsi - considerata la *ratio* della giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG* - su un piano talvolta superiore rispetto agli *iura*.

Nell'ultimo capitolo si cercheranno di analizzare le modalità con cui la Corte costituzionale procede alla manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento operando un confronto con le *Unvereinbarkeitserklärungen*; queste decisioni, che rappresentano una forma di manipolazione degli effetti nel tempo non solo verso il futuro ma anche verso il passato, offrono numerosi spunti d'interesse per la giustizia costituzionale italiana. Tale raffronto ruoterà prevalentemente intorno ai due profili che più caratterizzano la modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento nel tempo: quello del rapporto tra Giudici costituzionali e legislatore e quello del rispetto da parte degli stessi della sfera discrezionale del legislatore.

Da ultimo, alla luce delle considerazioni svolte, si svilupperanno considerazioni conclusive, in una prospettiva *de iure condendo*, con riferimento alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento.

## Capitolo I

### La disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento e la norma incostituzionale nella dimensione temporale

**Sommario:** 1. Il ritorno a Kelsen per la riscoperta di possibili nuovi orizzonti praticabili dal Giudice costituzionale: la modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento e il rapporto con il legislatore. 2. Lo stato dell'arte: una Corte costituzionale "flessibile" e lontana dall'impalcatura originaria degli effetti delle sentenze di accoglimento. 3. La disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento: l'art. 136 Cost. in Assemblea Costituente nei suoi passaggi fondamentali. Alcuni spunti rispetto alla prassi temporalmente manipolativa tedesca. 3.1. La proposta di Perassi: una modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità *ante litteram*? 3.2. L'art. 136 Cost. nella dimensione temporale. 3.3. L'art. 136 Cost. nella dimensione spaziale. 4. La "rivoluzione" rappresentata dalla l. cost. n. 1 del 1948. 5. L'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento: l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953. 6. La norma incostituzionale nella dimensione temporale: nullità o annullabilità? Una riflessione a partire dal modello americano e da quello austriaco. Cenni alla natura delle sentenze di accoglimento. 7. Primi cenni intorno all'ammissibilità di un Giudice delle leggi "gestore" degli effetti delle proprie decisioni. 8. Il giudice amministrativo è gestore degli effetti nel tempo?

*1. Il ritorno a Kelsen per la riscoperta di possibili nuovi orizzonti praticabili dal Giudice costituzionale: la modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento e il rapporto con il legislatore.*

“La costituzione austriaca del 1920, con gli artt. 137-148, realizzò questo accentramento, riservando il controllo di costituzionalità delle leggi ad una speciale corte, la cosiddetta corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof); e conferì nello stesso tempo a questa corte il potere di annullare la legge giudicata incostituzionale [...] La sentenza di annullamento diventava efficace il giorno della sua pubblicazione, a meno che la Corte non avesse stabilito un termine più lungo, che non poteva comunque superare un anno (140, par. 3). Questo più lungo termine metteva il legislatore in grado di sostituire la legge censurata con una nuova legge conforme a costituzione, prima che l'annullamento avesse effetto”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso si esprimeva l'autorevolissima dottrina di H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 299.

Le parole appena riportate, inerenti il tema dell'efficacia *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità del Tribunale costituzionale, sono riconducibili a Kelsen.

Il suo pensiero, come si vedrà, assume un ruolo fondamentale nel presente elaborato dottorale. Volendo trattare il tema dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità pare necessario non solo riferirsi al pensiero kelseniano, ma anche al nodo problematico relativo all'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, o, meglio, ai limiti della stessa efficacia: esso ha infatti interessato il Giudice costituzionale (oltre che la dottrina<sup>2</sup>) sin dai primi anni di attività.

Come noto, la questione relativa ai limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento ha svolto un ruolo non secondario sin dalla giurisprudenza degli anni sessanta: soprattutto in seguito all'adozione della sent. n. 52 del 1965 è emersa una forte tensione tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione, posto che quest'ultima aveva inteso attribuire un'efficacia solamente *pro futuro* alle decisioni di accoglimento intervenute in materia processuale penale, così derogando al principio di retroattività. In occasione della sent. n. 127 del 1966, la Consulta ha sancito la coerenza sistematica tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, ribadendo in tal modo l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce; con la sent. n. 49 del 1970, invece, è stato posto in essere un significativo *révirement*, avendo stabilito la Corte costituzionale di lasciare "l'ultima parola" ai giudici in punto di determinazione degli effetti.

Le due decisioni appena menzionate costituiscono, in effetti, un chiaro esempio di come il tema relativo ai limiti dell'efficacia retroattiva parta da "lontano"; in seguito alla sent. n. 49 del 1970, il Giudice delle leggi, come si vedrà nel secondo capitolo, ha adottato le prime decisioni temporalmente manipolative, contraddistinte da una contrazione dell'efficacia retroattiva nel tempo.

Successivamente la Consulta ha iniziato ad adottare le sentenze additive di principio le quali, oltre a manifestare il problema legato alla natura e agli effetti delle decisioni della Corte, rilevano in quanto interessano (o dovrebbero interessare) la collaborazione tra Consulta e potere legislativo, così tornando alla "vocazione originaria di un sistema accentrato, sia pure introdotto in modo incidentale"<sup>3</sup>.

In questo senso si profila quindi la problematica legata al raccordo tra Giudice costituzionale e legislatore<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto, si veda in notissimo convegno tenutosi presso il Palazzo della Consulta nei giorni 23 e 24 novembre 1988, i cui atti sono stati raccolti nel volume *"Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere"* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffré, Milano; sul punto, imprescindibile è la monografia di M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffré, Milano, 1993, così come l'esattivo lavoro di F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997; del tema di è ampiamente occupato anche R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffré, 1993 e M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, Cedam, 2000.

<sup>3</sup> M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 39.

<sup>4</sup> La quale, come si vedrà, si manifesterà fortemente in occasione dell'adozione della sent. n. 143 del 1993.

Rispetto al tema in discorso, la Corte costituzionale sembra avere riscontrato due rilevanti nodi problematici: in primo luogo, con riferimento alla modulazione rispetto al futuro, l'assenza di strumenti di raccordo con il legislatore; in secondo luogo, con riferimento alla modulazione rispetto al passato, l'assenza di strumenti di raccordo con i giudici<sup>5</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, si consideri che Kelsen aveva proprio insistito sull'importanza che si producesse "l'effetto retroattivo desiderabile della decisione di annullamento sul caso che ha provocato la richiesta e che, d'altra parte, l'organo legislativo abbia il tempo necessario per preparare una nuova legge che risponda ai requisiti voluti dalla costituzione"<sup>6</sup>.

Secondo l'impostazione del giurista austriaco, quindi, due sarebbero dovute essere le caratteristiche legate, nello specifico, agli effetti della declaratoria di incostituzionalità: il rapporto con il legislatore e la salvaguardia del caso singolo.

Sembra rilevante considerare sin d'ora che l'esigenza di una relazione proficua con il legislatore e di un efficace seguito giudiziario nel solco della tutela dei diritti del singolo sembra collocarsi ancora oggi al centro delle sfide in cui è coinvolta la Corte costituzionale, tenendo bene a mente, però, che nella dinamica relativa alla giurisprudenza temporalmente manipolativa, seppur il ruolo dell'organo detentore del potere legislativo assuma un ruolo essenziale ai fini della sua proficua promozione, tuttavia il raccordo Corte-legislatore costituisce un elemento esterno rispetto alla gestione degli effetti nel tempo.

Alla luce dell'analisi della prassi temporalmente manipolativa italiana e tedesca, nel presente lavoro ci si sforzerà di offrire, come sottolineato e auspicato dalla dottrina, possibili "nuovi orizzonti praticabili al Giudice costituzionale"<sup>7</sup>, tenendo bene a mente quello "originario" delineato da Kelsen.

Essi verranno delineati prendendo le mosse, in un'ottica ricostruttiva (eppure forse opportuna) dalle modalità con cui era stata modellata la disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento in Assemblea Costituente, per poi vagliare la possibilità di un ritorno alle origini del sindacato di legittimità costituzionale, il quale dovrebbe essere connotato da una forte collaborazione tra Corte costituzionale e legislatore<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Importa osservare che tale problematica risulta rilevante alla luce della considerazione per cui "il sistema incidentale di controllo della costituzionalità delle leggi funzionante in Italia ha il suo perno nel raccordo fra l'attività della Corte costituzionale e di quella dei giudici". Così A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *giurcost.it*, 1988, 2423.

<sup>6</sup> In questo senso H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 199.

<sup>7</sup> Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 45.

<sup>8</sup> Connotato, di fatto, dalla previsione dell'istituto della *Fristsetzung*. Sul punto, si vedano gli scritti di B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. I La Corte costituzionale austriaca*, CEDAM, Padova, 1985 e A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, 2424 ss. Si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., *passim*.



2. *Lo stato dell'arte: una Corte costituzionale "flessibile" e lontana dall'impalcatura originaria degli effetti delle sentenze di accoglimento.*

Il nodo problematico insito nella modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento sembra saldarsi alla ambigua genesi del sindacato di legittimità costituzionale<sup>9</sup>: non soltanto, presso gli studiosi vi era "disorientamento nella descrizione del sistema di giustizia costituzionale [...]"<sup>10</sup>.

Come noto, i costituenti avevano davanti a sé due modelli quando "impiantarono il nostro sistema di giustizia costituzionale"<sup>11</sup>: quello nordamericano e quello austriaco.

Sullo sfondo è quindi relegato il tema relativo alla difficoltosa genesi del sindacato di legittimità costituzionale<sup>12</sup>, la quale può essere riassunta come segue: "[...] la progressiva messa a fuoco del vincolo esistente fra processo costituzionale e giudizio *a quo*, da un lato, e la pratica mancanza di ogni alternativa al controllo incidentale, dall'altro [...]" hanno "finito per avvicinare considerevolmente il sistema italiano di giustizia costituzionale al *Judicial Review of Legislation* americano, con la sola differenza derivante dall'accentramento del potere di decisione nella Corte costituzionale [...]"<sup>13</sup>, tipico, come ampiamente noto, del sistema di giustizia costituzionale austriaco.

In questo senso riecheggia ancora una volta il pensiero di Kelsen, secondo il quale il regime degli effetti delle decisioni di incostituzionalità "costituiva un elemento non accessorio, ma caratterizzante della differente natura del giudizio di costituzionalità"<sup>14</sup>.

Eppure, i costituenti italiani avevano inteso attribuire alla Corte costituzionale una funzione del tutto peculiare, diversa da quella che va a caratterizzare il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, in quanto al Custode della Costituzione italiano, sostiene Modugno, è stato di fatto richiesto *ab origine* di "[...] desumere, sia pure in via interpretativa, la norma 'giusta'"<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Pur non essendo la presente sede quella più opportuna per un'analisi del ruolo che assume il ruolo della parte nel giudizio costituzionale, importa comunque osservare che "il ridimensionamento del ruolo della parte nell'interpretazione del legislatore del 1953 non è altro che un segno evidente della difficoltà di tenuta di un modello nel quale, alle origini, apparentemente convivevano impostazioni ideologicamente differenti [...]". In questo senso M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 169; sul punto si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 71.

<sup>10</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 14.

<sup>11</sup> Si veda sul punto E. CHELI, *La Corte costituzionale nel quadro della forma di governo italiana*, in Associazione per gli studi e le tecniche parlamentari. Seminari 1989-1990. Quaderni per le ricerche parlamentari, Giuffrè 1991, 29.

<sup>12</sup> Si veda di recente M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in (a cura di M. D'AMICO - F. BIONDI) *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 27-39.

<sup>13</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 2423.

<sup>14</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 3.

<sup>15</sup> Cfr. ancora F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi, in Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, 21, il quale evidenzia la distanza della *ratio* tra il modello di giustizia costituzionale austriaco e quello italiano.

Pare significativo evidenziare sin da subito che “fino all’assemblea costituente tutte le discussioni sulla natura della Corte - se giurisdizionale o politica - si univano a una ricerca sul modo di composizione dell’organo che stava per nascere [...]”<sup>16</sup>.

Ancora, le “ambigue origini del sistema costituzionale italiano [...] spiegano le differenze fra l’art. 136 Cost. [...] e l’art. 30 della legge n. 87 del 1953”<sup>17</sup>, oltre che il problema dei limiti alla retroattività delle sentenze di accoglimento<sup>18</sup>.

Quello che è certo è che i costituenti (e, successivamente, il legislatore costituzionale e ordinario), non avevano in alcun modo aperto la disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento ad una possibile manipolazione del dato temporale da parte della Corte costituzionale<sup>19</sup>.

A tal proposito è forse possibile fare riferimento, anticipando quello che si dirà nel paragrafo seguente, ad una forma di “ingenuità” in seno all’Assemblea costituente<sup>20</sup>; si ricorda che, in occasione della seduta pomeridiana del 29 novembre 1947, l’on. Paolo Rossi affermò, sul vuoto conseguente alla declaratoria di incostituzionalità, che “L’*horror vacui*...non pare che debba sgomentare: si potrà sempre tirare innanzi per qualche tempo come si è andati avanti per tanti anni”<sup>21</sup>.

D’altra parte, non si può non rilevare come la scarsa attenzione al tema degli effetti delle sentenze di accoglimento - su cui si tornerà nel proseguo - si sia accompagnata di fatto alla difficoltosa accettazione dell’istituzione della stessa Corte costituzionale: non vi è chi non veda come il solo mero avvio dell’attività del Giudice delle leggi costituisse un tema già di per sé problematico dal punto di vista del “nuovo” ruolo dello stesso rispetto alla forma di governo<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 151.

<sup>17</sup> Cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 37.

<sup>18</sup> In questo senso D’Amico, la quale auspica un utilizzo delle tecniche decisorie “che presuppongono un rapporto tra Corte costituzionale e potere legislativo, tornando alla vocazione originaria di un potere accentrato, sia pure introdotto in modo incidentale”; cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 39.

<sup>19</sup> Come si vedrà nel terzo capitolo, anche con riferimento all’ordinamento tedesco non era stata prevista in origine la possibilità da parte del *Bundesverfassungsgericht* di porre in essere una manipolazione degli effetti della cd. *Nichtigkeitserklärung*.

<sup>20</sup> Nelle discussioni in Assemblea costituente non vennero risolti alcuni aspetti relativi alla funzione della Corte costituzionale che in seguito si sono rivelati cruciali, come ad esempio l’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale. Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 60. D’altra parte, la Corte costituzionale corrisponde alla Cenerentola della Costituzione; così R. ROMBOLI, *L’obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri, Giappichelli*, Torino, 2016, 2017.

Rileva forse evidenziare peraltro che molti studiosi avevano preferito rimandare l’analisi dell’attività della Corte costituzionale ad un momento successivo al momento in cui la stessa avrebbe concretamente posto in essere la propria attività di garante della Costituzione. In questo senso F. CARNELUTTI e C. ESPOSITO, *Congresso internazionale di diritto processuale civile*, 65 e 67.

<sup>21</sup> Cfr. P. VIPIANA, *La legislazione negativa. Saggio su un’insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 46.

<sup>22</sup> Sul punto si veda, fra tutti G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni Comunità, Milano, 1981.

Si pensi, ad esempio, all'utilizzo del termine "giudizio di costituzionalità" previsto originariamente all'art. 126 nel Progetto di Costituzione in seguito modificato in "legittimità costituzionale", poiché sembrava riferirsi ad un sindacato eccessivamente spinto<sup>23</sup>.

In buona sostanza, erano notevoli le preoccupazioni sul modo in cui la Consulta avrebbe concretamente potuto funzionare nel sistema<sup>24</sup>.

Ancora: si consideri quanto affermato dal Gueli a proposito del Giudice delle leggi nel suo scritto "Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale", tratto da "Civiltà liberale" del 28 marzo 1946, il quale aveva affermato che "[...] la corrente, che va delineandosi, favorevole all'istituzione, della quale si sono qui considerati i caratteri e le possibili attribuzioni, sembra, piuttosto che consigliata alla ragione da mature e caute riflessioni, ispirata all'immaginazione dalla visione di un consesso grave e solenne, di alto prestigio sì, ma in realtà soltanto esteriore e formale, che si impone dunque per la suggestione della sua, direi quasi, spettacolare configurazione. Una, insomma, di quelle fantastiche rappresentazioni il cui splendore non illumina ma abbaglia, e che il vecchio Barone amava chiamare 'idola theatri'"<sup>25</sup>.

Nonostante la difficoltosa costruzione dell'impalcatura del giudizio di legittimità costituzionale e la nota "ingenuità" originaria rispetto al tema dei limiti dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, salta agli occhi come il tema degli effetti delle sentenze di accoglimento avesse, in realtà, ampiamente interessato i costituenti: afferma un'attenta dottrina che il dibattito intorno al Giudice costituzionale quale organo incaricato del compito di attuare la Costituzione si incentrò di fatto sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale e sul rapporto fra art. 136 Cost. e la legge cost. n. 1 del 1948<sup>26</sup>.

Quanto appena scritto non costituisce un caso.

Elementi necessari e sufficienti furono considerati per molto tempo due momenti del processo costituzionale, vale a dire quello iniziale e quello finale (comprensivo quindi della decisione della Corte costituzionale): non deve quindi sorprendere che il processo costituzionale si caratterizzi per la presenza di termini "presi a prestito da altri processi"<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in Cinquant'anni di Corte costituzionale, Tomo I, 2006, 121.

<sup>24</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 13.

<sup>25</sup> V. GUELI, *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, in Diritto costituzionale provvisorio e transitorio, 1950, 290-291.

<sup>26</sup> Sul punto si veda M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 13.

<sup>27</sup> In questo senso M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 22.

3. *La disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento: l'art. 136 Cost. in Assemblea Costituente nei suoi passaggi fondamentali. Alcuni spunti rispetto alla prassi temporalmente manipolativa tedesca.*

Ai sensi dell'art. 136, primo comma, Cost. “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

La norma costituzionale in questione rappresenta il punto di partenza imprescindibile per lo studio della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento<sup>28</sup>.

Quello che pare sia possibile affermare sin da subito e che si è anticipato nel paragrafo precedente consiste nel fatto che “la costruzione su cui si basa l'art. 136 cost. (dichiarazione ad opera della Corte - perdita di efficacia ad opera della costituzione) rende visibile l'assoluta automaticità dell'effetto in ordine alla vigenza della legge (dichiarata) incostituzionale”<sup>29</sup>.

Occorre premettere, inoltre, che la norma in questione ha posto importanti dubbi di interpretazione sin dall'entrata in vigore della Costituzione<sup>30</sup>, forse anche alla luce del fatto che, in via generale, “le norme istitutive della giurisdizione costituzionale hanno dato luogo ad una serie di problemi che, dopo l'entrata in funzione della corte, si sono imposti con particolare urgenza”<sup>31</sup>.

Più nello specifico, in ragione dell'ambiguità di fondo del testo letterale dell'art. 136 Cost<sup>32</sup>, si era di fatto determinata, come in precedenza accennato, “un'aperta divergenza di opinioni fra la Corte costituzionale e le sezioni civili della Corte di cassazione, da un lato, e le sezioni penali della stessa Corte di cassazione, dall'altro”<sup>33</sup>.

La (apparente) difficoltà di interpretazione di alcune disposizioni costituzionali è peraltro richiamata dal discorso inaugurale del Presidente della Repubblica Enrico Nicola svolto in occasione della prima udienza tenutasi presso la Corte costituzionale il 23 aprile 1956, in occasione della quale affermava che “le difficoltà provengono sovente più che dalle sue norme, dalle frequenti infrazioni alla loro lettera e al loro spirito, impedendo che essa raggiunga il

---

<sup>28</sup> Si veda in questo senso A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2651.

<sup>29</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 260. Si veda anche Così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 29-30.

<sup>30</sup> Sul punto si veda Baccari, il quale evidenzia anche le difficoltà scaturenti dal carattere misto del sistema adottato rispetto ai due classici sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi. Cfr. B. BACCARI, *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 193.

<sup>31</sup> Si veda G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli, 1957, 5.

<sup>32</sup> M. RUOTOLLO, *Ambiguità della Corte o arbitro del giudice? Il “seguito” abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *giur.cost.*, 2015, 1078, il quale fa riferimento al requisito della letteralità nel senso di un argomento “debole”.

<sup>33</sup> Così E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1977, 411. In questo senso anche M. D'AMICO, la quale evidenzia che il tema dei limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento si era di fatto posto sin dai primi anni di lavoro del Giudice costituzionale. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 37.

principale suo scopo: di assicurare una garanzia di solidità allo Stato di diritto. La normologia, la scienza di fare leggi, è difficilissima, ma, come ammonì Demostene, fare le leggi è nulla, applicarle bene è tutto”<sup>34</sup>.

Come si accennava, i lavori preparatori della Costituzione non svolgono la funzione di identificare con estrema precisione l’ambito operativo entro cui si muove l’efficacia della sentenza di accoglimento, atteso che “dagli stessi non sembra trarsi una chiara indicazione in favore dell’estensione solo *pro futuro* o anche *pro praeterito* delle decisioni di accoglimento”<sup>35</sup>.

Peraltro, e quanto segue non deve stupire, il profilo relativo alla “disciplina dell’attivazione del giudizio costituzionale formava in origine un blocco unico con il regime degli effetti delle decisioni”<sup>36</sup>.

Infatti, l’originario art. 136 Cost. doveva in origine disciplinare le modalità di accesso alla Corte costituzionale<sup>37</sup>: in seguito il profilo relativo all’instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, comprensivo altresì della specificazione dei soggetti competenti a sollevare il giudizio di costituzionalità<sup>38</sup>, venne di fatto “amputato” in sede di coordinamento, in tal modo consegnando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento una forma del tutto autonoma.

Tanto premesso si riportano di seguito i passaggi salienti che hanno interessato la discussione dell’art. 136 Cost., ponendo in evidenza, laddove possibile, alcune analogie con l’attuale disciplina dell’efficacia delle sentenze di incompatibilità tedesche.

Nella seduta del 2 dicembre 1947, l’Assemblea costituente “prosegue l’esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: “Garanzie costituzionali””.

Il testo dell’art. 128 era il seguente: «Quando, nel corso di un giudizio, la questione d’incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d’ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale.

«La dichiarazione d’incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente od organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale.

---

<sup>34</sup> Cfr. P. CURCI, *La Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1956, 12.

<sup>35</sup> Così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 17.

Sul punto, meno recentemente, si veda anche G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, cit., 6.

<sup>36</sup> Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2013, 32.

<sup>37</sup> Si veda in questo senso A. PARODI, *Commento all’art. 136 della Costituzione*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2649.

<sup>38</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 43.

«Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali».

L'On. Mortati presentava un nuovo testo: «La questione di illegittimità costituzionale di una norma o atto avente forza di legge, che sia rilevata di ufficio nel corso di un giudizio o sollevata dalle parti e non sia ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa per decisione alla Corte costituzionale.

«Il ricorso per illegittimità costituzionale può essere prodotto direttamente innanzi alla Corte costituzionale nel termine che sarà fissato dalla legge, da chi pretenda direttamente leso dalla norma un suo diritto o interesse legittimo, e, inoltre, anche senza questo interesse, dal Governo o da un decimo dei membri di ciascuna Camera.

«La sentenza della Corte costituzionale che dichiara la incostituzionalità di una norma è pubblicata nei modi prescritti per le leggi entro 15 giorni dalla sua emissione ed ha per effetto la sospensione della efficacia della norma.

«Il Parlamento provvede alla sua abrogazione, procedendo al regolamento dei rapporti che sia reso da essa necessario».

L'On. Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, nel commentare la proposta di Mortati, aveva manifestato dubbi rispetto alla previsione della sospensione dell'efficacia della norma.

Secondo l'Onorevole era da respingere “la figura della sospensione, mantenendo quella della cessazione d'efficacia”<sup>39</sup>, e ciò anche in quanto “è perfettamente logico e coerente al sistema della dichiarazione di incostituzionalità che la legge dichiarata illegittima cessi d'aver efficacia; ed è preferibile e più riguardoso per il Parlamento non chiedergli, quasi come atto obbligato, che esso abroghi la norma”<sup>40</sup>.

Rilevante è anche la proposta che era stata avanzata dall'On. Calamandrei nella II Sezione della II Sottocommissione, discussa nel gennaio del 1947<sup>41</sup>.

Da un lato, essa intendeva limitare al caso specifico l'efficacia del controllo esercitato dalla Corte costituzionale<sup>42</sup>; dall'altro, prevedeva un'efficacia di natura meramente dichiarativa dell'incostituzionalità della legge, non potendo il Giudice delle leggi abrogare o sospendere l'efficacia di una legge<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Così l'On. Ruini nella seduta del 2 dicembre 1947.

<sup>40</sup> Così l'On. Ruini nella seduta del 2 dicembre 1947.

<sup>41</sup> Calamandrei voleva operare una sintesi tra i sistemi di giustizia costituzionale esistenti; cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 76.

<sup>42</sup> Cfr. A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2649.

<sup>43</sup> Cfr. A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2649. L'art. 33 del Progetto presentato da Calamandrei prevedeva che il Governo o l'Assemblea stessa avrebbero potuto proporre una legge modificativa o



Il Calamandrei infatti aveva rilevato in sede di lavori preparatori la problematica sottesa al conferimento di un'efficacia *erga omnes* alla declaratoria di incostituzionalità, cioè a dire quella di attribuire alla Corte costituzionale un “vero e proprio potere legislativo”<sup>44</sup>, tanto è vero, che, come è stato segnalato, “solo attraverso un ricorso alle sezioni Unite della Corte costituzionale, si sarebbe giunti ad una decisione di carattere generale”<sup>45</sup>.

Per ovviare una ad una simile contrapposizione tra poteri, il Calamandrei aveva suggerito “che, in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale, gli organi legislativi dovessero immediatamente promuovere la procedura per la modificazione della legge”<sup>46</sup>; in questo senso rileva la scelta per un “controllo tecnicamente molto diverso da quello diffuso”<sup>47</sup>.

Vi è di più.

Il timore di un'efficacia quasi “legislativa” attribuibile alle sentenze di accoglimento aveva generato timore anche rispetto all'attività dei giudici.

Il Calamandrei si chiedeva, infatti, che cosa avrebbero dovuto fare i giudici nell'intervallo di tempo ipotizzato in capo al legislatore al fine di permettergli di modificare la legge dichiarata incostituzionale; quanto appena evidenziato costituisce un profilo rilevante nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca, ove il legislatore è di fatto chiamato, in seguito all'adozione di una sentenza di incompatibilità (cd. *Unvereinbarkeitserklärung*), a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale entro il termine previsto dal *BVerfG*: nel frattempo - di regola - i giudici sono chiamati a sospendere il processo e, conseguentemente, a non fare applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento dell'organo detentore del potere legislativo.

E infatti, non si può non rilevare sin da subito come i lavori in Assemblea costituente forniscano non secondari spunti rispetto ad una riflessione sulle decisioni di incompatibilità tedesca.

Procede il Calamandrei affermando che “la Magistratura si troverebbe di fronte ad una legge dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema, ma che sarebbe tuttavia legge in quanto non

---

abrogativa della legge di fatto dichiarata incostituzionale, e che in caso di bocciatura si sarebbe verificata la sospensione della legge incostituzionale. Cfr. M. BATTAGLINI - M. MININNI, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Padova, 1957, 69.

<sup>44</sup> Così l'On. Calamandrei nella seduta del 22 gennaio 1947. Della medesima opinione era anche l'On. Preti, il quale aveva affermato: “L'onorevole Nitti ha proposto che il giudizio di costituzionalità sia deferito alla Corte di cassazione a sezioni unite. Ora, io non ci trovo nulla di strano. (*Interruzioni al centro*). Naturalmente l'onorevole Perassi ha fatto una giustissima osservazione, da quel grande giurista ch'egli è. Ha, cioè, osservato che la sentenza della Corte di cassazione potrà solamente avere valore per il caso concreto. Ed è logico, perché, se l'efficacia della sentenza della Corte di cassazione potesse estendersi al di là del caso concreto, noi addirittura metteremmo la Corte stessa al di sopra del Parlamento. D'altronde non mi sembra che noi dobbiamo andar oltre, sino a richiedere un giudicato avente efficacia *erga omnes*. Una volta che la Corte di cassazione abbia pronunciata la incostituzionalità di una legge, spetterà poi al Parlamento, nella sua responsabilità politica, trarne le conseguenze. Il Parlamento, che esprime la sovranità della Nazione, farà come meglio crederà. E se la Suprema Corte di cassazione avrà bene giudicato dell'incostituzionalità della legge, un Parlamento democratico prenderà le opportune decisioni”.

<sup>45</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 77.

<sup>46</sup> Così l'On. Calamandrei nella seduta del 22 gennaio 1947

<sup>47</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 106.

ancora modificata dagli organi legislativi. Pone questo problema di particolare importanza, al quale dovrà darsi una soluzione”.

Tale opzione fu accantonata in sede di lavori dell’Assemblea costituente in quanto essa avrebbe di fatto determinato un indebolimento dell’autorità del Giudice costituzionale, così facendo regredire il suo giudizio sulla legge ad un mero parere; dall’altra parte, invece, il legislatore avrebbe rimesso “gli effetti concreti alla buona volontà dello stesso organo legislativo”<sup>48</sup>.

A fronte dell’intervento della declaratoria di incostituzionalità L’On. Capii proponeva, invece, al contrario di quanto sostenuto peraltro anche dall’On. Ruini, la sospensione degli effetti della legge.

Affermava: “ciò è inevitabile, perché nella Costituzione che si sta elaborando è detto in modo inequivocabile che la dichiarazione di incostituzionalità della legge spetta ad un determinato organo, e che il giudice non può applicare la legge in attesa delle decisioni di questo”<sup>49</sup>.

A differenza del Calamandrei, l’On. Capii non riteneva fosse il Parlamento a dovere intervenire sulla legge dichiarata incostituzionale, ma riteneva fosse il Governo a dovere intervenire, con procedura d’urgenza, così da proporre alle Camere l’abrogazione o la modifica della stessa<sup>50</sup>.

Si opponeva a tale proposta l’On. Ambrosini, il quale riteneva, con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità, che non si potessero imporre obblighi eccessivi sia al Governo che al Parlamento.

La proposta dell’On. Leone, promotrice di un forte potere di gestione degli effetti delle pronunce da parte della Corte costituzionale<sup>51</sup> prevedeva, invece, un controllo di tipo successivo delle norme, contraddistinto dalla possibilità di dichiarare eventualmente la nullità della norma entro tre mesi dalla pubblicazione della norma stessa; l’efficacia della dichiarazione dell’incostituzionalità avrebbe avuto natura retroattiva, quindi “dal giorno in cui è entrata in vigore la legge”<sup>52</sup>.

Opportunamente la dottrina ha rilevato che secondo l’On. Leone l’efficacia *ex tunc* sarebbe stata l’unica ipotesi coerente, “essendo la decisione della Corte una pronuncia di annullamento”<sup>53</sup>.

Il 24 gennaio 1947 fu approvato l’art 7. presentato dall’On. Bozzi, ai sensi del quale “La pronuncia di incostituzionalità è comunicata dalla Corte al Parlamento, il quale o abroga la legge

---

<sup>48</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1989, 630.

<sup>49</sup> Cfr. l’On. Capii nella seduta del 24 gennaio 1947 della la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

<sup>50</sup> L’articolo proposto dall’On. Capii recitava così: Una legge dichiarata incostituzionale rimane sospesa. Il Governo dovrà, con procedura d’urgenza, proporla alle Camere l’abrogazione o la modifica. In caso di rigetto della proposta, il Governo dovrà promuovere la revisione della Costituzione»

<sup>51</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 79.

<sup>52</sup> G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 630. Cfr. l’On. Leone nella seduta del 24 gennaio 1947 della la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

<sup>53</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 79.

o procede alla revisione costituzionale di essa. Sino al momento della deliberazione del Parlamento l'efficacia della legge è sospesa”<sup>54</sup>.

In seguito, il testo definitivo del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione fu, come noto, il seguente:

Art. 128: “Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale.

La dichiarazione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente ed organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale.

Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali”.

Come si può notare, e questo è ciò che più interessa nella presente sede, è che in sede di lavori preparatori suscitò molto interesse (nonché una forte preoccupazione) il rapporto tra la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di organi costituzionali “dialoganti” con il Giudice delle leggi.

Infine, il testo coordinato dal Comitato di redazione prima della votazione finale in Assemblea, distribuito il 20 dicembre 1947 fu: “Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali”.

---

<sup>54</sup> Tale previsione si avvicina di molto, quanto alla ratio, al cd. Ddl Vignali, mai approvato e presentato il 15 marzo 2013 alla Camera dei Deputati. Esso prevedeva all'art. 1 la sostituzione dell'attuale tenore testuale dell'art. 136 con la seguente dicitura: «Art. 136. – La decisione con cui la Corte accoglie l'impugnazione di una norma di legge o di atto avente forza di legge ha efficacia meramente dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della norma stessa; la Corte non può abrogarla né sospenderne l'efficacia. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata al Governo e alle Camere ovvero alla Giunta e al Consiglio regionale interessati. Ove la decisione riguardi una legge dello Stato, il Governo, appena informato della dichiarazione di illegittimità costituzionale, prende l'iniziativa di proporre alle Camere una legge abrogativa o modificativa della legge dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dalle Assemblee. Il disegno di legge è esaminato dalle Camere con procedura d'urgenza. Qualora tale disegno di legge non sia approvato entro il termine dei sei mesi successivi, elevato a nove mesi se trattasi di legge costituzionale, le stesse Assemblee legislative dichiarano cessata l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale.

Ove la decisione riguardi una legge regionale, la Giunta regionale propone al Consiglio regionale una legge abrogativa o modificativa della legge regionale dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dai membri del Consiglio regionale. La proposta è esaminata dal Consiglio regionale con procedura d'urgenza.

Qualora tale proposta non sia approvata entro il termine dei tre mesi successivi, il Consiglio regionale dichiara cessata l'efficacia della legge regionale dichiarata incostituzionale».

La versione definitiva dell'art. 136 Cost. ricalcava l'art. 125 del Progetto approvato dalla commissione dei settantacinque<sup>55</sup>, qualificandosi per la vicinanza al modello austriaco quanto al regime degli effetti<sup>56</sup>.

### 3.1. *La proposta di Perassi: una modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità ante litteram?*

In sede di lavori preparatori fu proposto un emendamento diretto “ad introdurre nel nostro sistema la possibilità, secondo il modello austriaco, di differire gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità”<sup>57</sup>.

Importante, a tal proposito, fu la proposta dell'On. Perassi, la quale si incentrava sull'opportunità di far decorrere la cessazione di efficacia della legge dichiarata incostituzionale dalla pubblicazione della decisione salvo che la Corte non avesse avuto la necessità di fissare ad altro effetto un termine (comunque non può essere superiore a sei mesi) in tal modo ponendosi in antitesi rispetto al principio generale della retroattività delle sentenze di accoglimento.

Odierna dottrina avrebbe fatto riferimento, nel caso in cui tale emendamento fosse stato approvato, ad una rivincita di Schmitt su Kelsen<sup>58</sup>.

L'emendamento di Perassi fu ispirato, come dichiarato dallo stesso, dall'emendamento di Mortati<sup>59</sup>, il quale portò il costituente a considerare una peculiare modalità di estrinsecazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, molto simile alla *ratio* dell'istituto austriaco della *Fristsetzung*<sup>60</sup>.

Affermava il Perassi, in tal modo riprendendo il pensiero kelseniano, che “cessando l'efficacia di una norma giuridica, si possono in certi casi presentare delle situazioni delicate, in quanto può darsi che la cessazione di questa norma dia luogo a qualche inconveniente, se non si provvede”<sup>61</sup>.

Inevitabile è l'accostamento con uno dei campi di applicazione delle decisioni di incompatibilità tedesche, il c.d. argomento basato sulle conseguenze giuridiche (c.d. *Rechtsfolgenargument*).

Alla luce di tale timore, l'On. Perassi insistette sull'opportunità che la Corte costituzionale potesse “indicare un termine dal quale cominci ad avere effetto la cessazione di efficacia, termine

---

<sup>55</sup> Sul punto si veda M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 9.

<sup>56</sup> Cfr. ancora M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 9.

<sup>57</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 9.

<sup>58</sup> Così suggestivamente A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 7.

<sup>59</sup> Precisamente, nella seduta del 2 dicembre 1947, in cui l'Assemblea Costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: “Garanzie costituzionali”.

<sup>60</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 41.

<sup>61</sup> Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

al quale cominci ad avere effetto la cessazione di efficacia, termine al quale io ho messo, nel mio emendamento, il limite massimo di sei mesi”<sup>62</sup>.

Il passaggio successivo stupisce per la sua intrinseca attualità: il costituente sembrava fare proprio riferimento all’opportunità di prevedere, in capo alla Corte, la possibilità di adottare eventuali norme transitorie entro il lasso di tempo configurato nel massimo di sei mesi, “per provvedere in conseguenza, adottando, eventualmente, le norme che, secondo i casi, occorrono”<sup>63</sup>.

Innegabile è la vicinanza del ragionamento svolto dal Costituente con la *ratio* che si pone alla base della prassi “flessibile” dell’ordinamento tedesco, allorquando il *BVerfG* decida di integrare la decisione di incompatibilità con una disciplina transitoria (*Übergangsregelung*).

Senza entrare nel merito di tale tecnica decisionale, cui verrà dedicato un capitolo intero, balza immediatamente agli occhi la natura pragmatica della giurisprudenza del *BVerfG*, il quale ha cercato, al di là di qualsivoglia regolamentazione, di ovviare agli ostacoli tipici del “taglio netto” che caratterizza la declaratoria di incostituzionalità, alla luce dei quali pare che sia stata avanzata dall’On. Perassi la propria proposta in tema di regolamentazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

L’On. Perassi richiama l’esperienza austriaca in quanto la relativa Costituzione consentiva (e consente tutt’ora<sup>64</sup>) al *Verfassungsgerichtshof* di allontanare nel tempo, e precisamente nel futuro, il momento a partire dal quale decorrono gli effetti propri della declaratoria di incostituzionalità<sup>65</sup>. Si dichiarò contrario alla proposta appena menzionata l’On. Ruini, secondo il quale una simile disciplina dell’efficacia della declaratoria di incostituzionalità avrebbe comportato una situazione gravida di conseguenze eccessivamente onerose, ove, in particolare, i tribunali avrebbero continuato “ad applicare una norma incostituzionale”<sup>66</sup>.

Ancora una volta sembra opportuno rimandare alla prassi del Tribunale costituzionale federale tedesco il quale adotta la decisione di incompatibilità integrata dall’ordine di applicazione della norma incompatibile, la cd. *Fortgeltungsanordnung*, in base alla quale la norma dichiarata incompatibile diviene oggetto di applicazione da parte dei giudici.

Forse, come segnalato da Pinardi, fu proprio la rapidità della discussione in Assemblea costituente sulla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento a precludere alla stessa di

---

<sup>62</sup> Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

<sup>63</sup> Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

<sup>64</sup> La Costituzione austriaca prevede invece all’art. 140, par. 5, 3° periodo, che “l’annullamento ha effetti dal giorno della pubblicazione [della sentenza], a meno che la Corte costituzionale non abbia stabilito un termine per la sua entrata in vigore; questo termine non può superare i diciotto mesi”.

<sup>65</sup> Per uno studio intorno agli effetti della declaratoria di incostituzionalità nell’ordinamento austriaco si veda B. CARAVITA, *Corte “Giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. I La Corte costituzionale austriaca*, cit.

<sup>66</sup> Cfr. anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 41.

vagliare *funditus* le conseguenze derivanti dalla configurazione dell'efficacia in discorso (anche rispetto al rapporto con il futuro intervento legislativo)<sup>67</sup>.

Inoltre, a fondamento “dell'inibizione di qualunque determinazione della Corte costituzionale circa la sorte della legge dichiarata incostituzionale e le conseguenze di questa dichiarazione”<sup>68</sup>, si pone il principio di supremazia della democrazia rappresentativa e il principio della separazione dei poteri<sup>69</sup>.

Peraltro, ampio spazio fu lasciato - in sede di discussione in Assemblea costituente - al ricorso diretto, così determinando l'accantonamento di un ragionamento approfondito sul giudizio in via incidentale e le relative conseguenze<sup>70</sup>.

A tal proposito, autorevolissima dottrina aveva implicitamente affermato che il legislatore degli anni appena successivi all'entrata in vigore della Costituzione non aveva del tutto considerato (forse, quindi, ingenuamente?) le conseguenze derivanti dall'adozione della sentenza di accoglimento (da intendersi, nel caso di specie, nel senso di una pronuncia di annullamento adottata dal Custode della Costituzione), atteso che “quando il legislatore del '53 scrisse quel povero art. 30, come sempre succede – basterebbe pensare alla Carta costituzionale nel suo complesso – esso aveva presenti esperienze del suo passato e del suo presente in ordine agli annullamenti giustiziali. Quindi pensava all'annullamento dei regolamenti, che può essere pronunciato da certi giudici. Senonché l'annullamento dei regolamenti è un'esperienza talmente ridotta e talmente limitata, che certamente non può essere presa a canone, neanche lontano, per gli annullamenti pronunciati dalla Corte costituzionale”<sup>71</sup>.

### 3.2. *L'art. 136 Cost. nella dimensione temporale.*

Prima di tutto vale la pena di chiarire che la dottrina si è maggiormente occupata degli effetti della declaratoria di incostituzionalità dal punto di vista della loro “incerta” direzione temporale piuttosto che della relativa direzione nello spazio<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Si veda sul punto A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 134 Cost.*, Zanichelli, Bologna, 1975.

<sup>68</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 629.

<sup>69</sup> Si veda G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 629.

<sup>70</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4.

<sup>71</sup> M. S. GIANNINI, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 163.

<sup>72</sup> G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015, 376.



Quanto appena riportato trova conferma nella - appunto - “incertezza” che, di fatto, “attanaglia la dottrina nel momento in cui la stessa è chiamata a formulare una (o la) definizione degli effetti conseguenti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale”<sup>73</sup>.

Peraltro, gli effetti delle sentenze di accoglimento non sono utilmente determinabili “né parlando di effetti *ex tunc*, cioè retroattivi, né parlando di effetti *ex nunc* o pro futuro”, dal momento che essi si determinano “nei confronti di tutti i rapporti in relazione ai quali le disposizioni o norme dichiarate incostituzionali risultino comunque applicabili”<sup>74</sup>.

Ciononostante, chi scrive ritiene comunque opportuno continuare ad affrontare, seppur nei suoi tratti essenziali, il dibattito che ha interessato la determinazione dell’efficacia attribuibile alla disposizione costituzionale in discorso, poiché, come è stato affermato, “[...] è in quella fase dei lavori preparatori che si colgono più direttamente la genesi, ideologica e tecnica, e la definitiva formulazione del testo costituzionale, sia per il fatto che in quella stessa sede furono non di rado ripetuti concetti, giudizi e proposte già avanzate, a scopo di studio e di prima impostazione del problema, in precedenti fasi o in altre sedi di competenza”<sup>75</sup>.

Per quanto attiene, nello specifico, la direzione temporale che assume l’efficacia configurata dall’attuale formulazione dell’art. 136 Cost., occorre sin da subito affermare che essa si qualifica per il fatto di avere, *ictu oculi*, efficacia *ex nunc*<sup>76</sup>; “al momento dell’entrata in vigore della Costituzione e nel periodo immediatamente successivo, la dottrina era portata ad affermare l’efficacia *ex nunc* alla sentenza di incostituzionalità”<sup>77</sup>.

E tuttavia, come ampiamente noto, la disposizione costituzionale in questione costituisce, insieme ad altre due disposizioni, una di rango costituzionale, l’art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, l’altra di natura ordinaria, l’art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, un *unicum*, denominato dalla dottrina anche *ius receptum*<sup>78</sup>.

E’ innegabile, tuttavia, che la formulazione dell’art. 136 Cost. ha tracciato l’impossibilità di determinare con chiarezza il momento della perdita di efficacia della norma incostituzionale<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Incertezza che interessa, di fatto anche la natura della sentenza di accoglimento. Sul punto si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997, 7.

<sup>74</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento all’art. 136*, cit., 184.

<sup>75</sup> G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, cit., 103.

<sup>76</sup> L’ambiguità che caratterizza la formulazione dell’art. 136 Cost. è così descritta da Azzariti: “Indubbiamente la formula dell’art. 136 della Costituzione potrebbe dare la impressione che si pensasse a stabilire soltanto una specie di abrogazione della legge, operativa solo per i rapporti futuri”; si veda G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Guiffre, Milano, 1951, 160 e 162. Si veda anche M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 61.

Sul punto si veda anche M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 37.

<sup>77</sup> G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 376.

<sup>78</sup> F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 13. Sul punto si veda anche quanto affermato da Politi, in F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997, 3-5.

<sup>79</sup> Così CARAVITA, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, cit., 2455.

La configurazione del principio di retroattività è stata oggetto di tormentati e ampi dibattiti, e ciò in quanto lo stesso art. 136 Cost. aveva generato, come affermato dalla dottrina, “tormentosi dubbi” ed “equivoci”<sup>80</sup>, essendone “nota [...] la equivocità di formulazione [...]”<sup>81</sup>.

Tanto premesso, si rende necessaria una precisazione: “l’art. 136 Cost. non statuisce circa l’efficacia della sentenza (a partire dal giorno successivo alla sua pubblicazione) ma, *direttamente ed esclusivamente*, della sorte della *norma* dichiarata costituzionalmente illegittima”<sup>82</sup>.

Dello stesso avviso è anche Silvestri, il quale distingue tra “*applicazione della norma*” e “*applicazione della sentenza*”<sup>83</sup>, e il quale fa riferimento, nello specifico, all’“automaticità dell’effetto abrogativo sancito dall’art. 136 Cost.”<sup>84</sup>.

In effetti è innegabile che l’art. 136 Cost. sembri rappresentare una forma di “irrimediabile abrogazione”<sup>85</sup>: infatti la dottrina maggioritaria, nel periodo immediatamente successivo all’entrata in vigore della disposizione in discorso, sembrava orientata alla mera efficacia *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità<sup>86</sup>.

E questo in quanto l’intento del costituente è stato chiaramente -secondo qualcuno- quello di attribuire alla cessazione di efficacia della legge incostituzionale effetti meramente *pro futuro*<sup>87</sup>: “quando l’art. 136 è stato approvato, prescindeva dal sistema di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi”<sup>88</sup>.

Si consideri anche quanto - significativamente- sostenuto da Azzariti, secondo il quale in Assemblea Costituente vi era la preoccupazione “di non travolgere [...] i rapporti giuridici che [...] si erano pacificamente consolidati nel periodo intercorso fra l’emanazione della legge e la dichiarazione di incostituzionalità”<sup>89</sup>.

---

<sup>80</sup> Si veda C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 33.

<sup>81</sup> A. PIZZORUSSO in (a cura di V. ANDRIOLI), *Studi sulla giustizia costituzionale*, nel volume di Andrioli, Giuffrè, Milano, 1992, 19. Ancora sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *Commentario all’articolo 134 Cost.*, cit., 184.

<sup>82</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae. “Retraattività parziale” e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, cit., 66.

<sup>83</sup> G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Effetti temporali*, cit., 47.

<sup>84</sup> G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Effetti temporali*, cit., 47. Sul rapporto tra il fenomeno abrogativo e quello relativo all’intervento della declaratoria di incostituzionalità si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 66-78. Tra il fenomeno dell’abrogazione e quello della dichiarazione dell’illegittimità costituzionale di una norma vi è un minimo comune denominatore di natura fattuale: in seguito alla declaratoria dell’illegittimità costituzionale la norma non è più in vigore, tanto quanto nel caso dell’abrogazione: cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Vol. 1 - Il sindacato incidentale*, 1957, 245. Si consideri che, come noto, il fenomeno dell’abrogazione inerisce il piano della successione delle leggi nel tempo, mentre quello dell’annullamento della norma dichiarata incostituzionale attiene alla categoria della validità della norma incostituzionale.

<sup>85</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018, 186.

<sup>86</sup> Sul punto, come noto, rileva la tesi di P. CALAMANDREI, *L’illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, 72 ss, secondo il quale la declaratoria di incostituzionalità si caratterizzava per un’efficacia *ex nunc*; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1961, 356; M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 e ss.

<sup>87</sup> G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 186.

<sup>88</sup> Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, cit., 186.

<sup>89</sup> Cfr. G. AZZARRITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, 1951, 150.

Tanto più che il timore che alla dichiarazione di illegittimità costituzionale conseguisse un'efficacia rivolta anche al passato era irrobustito, come tramandato da Azzariti, dal fatto che era stato “soppresso ogni termine per l'impugnazione”, e pertanto quest'ultima si sarebbe potuta inverare “anche a grandissima distanza di tempo”<sup>90</sup>.

Pare porsi sulla stessa linea di ragionamento la dottrina di Zagrebelsky, ai sensi della quale “l'integrazione del sistema derivante dall'art. 30 è estranea (non contraria) allo spirito della scelta costituente”<sup>91</sup>.

Pertanto, “con l'art. 136 il Costituente mirava a limitare gli effetti della riconosciuta incostituzionalità alle sole situazioni venute in essere dopo la relativa dichiarazione”<sup>92</sup>.

E infatti “la previsione del meccanismo incidentale ha reso insostenibile il sistema delineato dall'art. 136 della Costituzione”<sup>93</sup>, tanto è vero che la sentenza di accoglimento è stata qualificata dalla dottrina nel senso di uno *ius superveniens* retroattivo<sup>94</sup>.

In effetti, quest'ultima tesi troverebbe conferma nelle parole dell'On. Gaetano, pronunciate nella seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente l'11 novembre 1947, in occasione della quale aveva affermato che l'art. 128 del Progetto prevedeva che “una legge dichiarata invalida cessa di avere efficacia. Si tratta dunque dell'annullamento *ex nunc*: alla legge sorta viziata è riconosciuta efficacia e validità fino al momento dell'annullamento”.

I lavori “si conclusero con l'approvazione di un sindacato di tipo astratto: la legittimazione sarebbe spettata a chiunque e la Corte avrebbe emesso una pronuncia con efficacia generale, indipendentemente, cioè, dall'applicazione concreta della legge”<sup>95</sup>, tanto è vero che l'articolo in discorso andava a rappresentare una disposizione costituzionale “non condizionata dal sistema del sindacato incidentale”, atteso che essa vige nell'ordinamento “indipendentemente dal modo in cui la corte è stata investita, in via principale o incidentale, e dallo stato dei rapporti già regolati dalla norma dichiarata illegittima”<sup>96</sup>.

A detta di Modugno, l'art. 136 Cost. “stabilisce semplicemente che la norma dichiarata incostituzionale ‘cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’” restando comunque il dubbio rispetto alla sua efficacia rispetto a “situazioni, rapporti anteriori o (soltanto) successivi al termine”<sup>97</sup>.

Il dubbio appena menzionato sembra essersi dissipato in seguito ad un cambio di prospettiva, contraddistinto dal “parallelo e graduale spostarsi della legittimazione della Corte costituzionale

---

<sup>90</sup> Cfr. G. AZZARRITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, 1951, 150.

<sup>91</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 265.

<sup>92</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 187.

<sup>93</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 187.

<sup>94</sup> A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2015, 4.

<sup>95</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 72.

<sup>96</sup> Cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Vol. 1 - Il sindacato incidentale*, cit., 241.

<sup>97</sup> F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, cit., 13-14.

dalla rigida, rettilinea derivazione da un assoluto trascendente, alla congruenza al fatto, o se si preferisce, dall'unilaterale cogenza del valore in sé alla cogenza del valore razionalizzato” e ciò in ragione della “sempre più marcata presenza del canone della ragionevolezza”<sup>98</sup>.

In altre parole, alla tesi della semplice abrogazione della norma incostituzionale, tipica della visione kelseniana della giustizia costituzionale, non poteva essere applicata la rivoluzione di cui si sono fatti portatori i valori costituzionali<sup>99</sup>: per questo motivo, nei primi anni dell'età repubblicana, la tesi della nullità delle norme incostituzionali era sembrata la più idonea nel dispiegare gli effetti dell'assolutezza dei principi contenuti in Costituzione<sup>100</sup>.

Quindi secondo altra parte della dottrina la disciplina degli effetti della sentenza di accoglimento andava a connotarsi per una rispondenza intrinseca del tutto armoniosa: l'art. 136 Cost. “attraverso successive leggi, costituzionali e ordinarie, avrebbe avuto più concreta determinazione”<sup>101</sup>.

I sostenitori della cessazione di efficacia *ex tunc* aumentarono, di fatto, in seguito alla “considerazione del meccanismo (incidentale) di accesso al giudizio costituzionale”<sup>102</sup>.

Alla luce di tale disciplina “composta” ma coerente, l'efficacia della decisione di accoglimento assume, in via definitiva, efficacia retroattiva: tale peculiare “direzione” temporale è condizionata però, in primo luogo, dalla vigenza dello stesso art. 136 Cost., poiché “è chiaro, infatti, che, se da tale momento la legge incostituzionale cessa di avere efficacia, dallo stesso momento non dovrà essere applicata a tutte le situazioni, atti, o rapporti rispetto ai quali la legge stessa si ponga ancora come regola giuridica vincolante”<sup>103</sup>.

E ancora: “nella loro dimensione temporale, gli effetti delle decisioni di accoglimento non si lasciano definire come effetti esclusivamente *ex nunc* o *ex tunc*, partecipando invece (in certa qual misura) di entrambe tali qualificazioni. Dal giorno successivo alla sua pubblicazione, la

---

<sup>98</sup> C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit., 40-43.

<sup>99</sup> Eppure, come si vedrà meglio nel proseguo, il dogma kelseniano si contraddistingue notoriamente per il fatto di avere elaborato quella teoria per cui “la possibilità della legislazione è contenuta nella costituzione”; cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 137.

Interessante osservare che in Assemblea costituente si faceva ampio utilizzo del termine abrogazione.

<sup>100</sup> Sul tema della supremazia della Costituzione si veda A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1990, 248.

<sup>101</sup> La dottrina di Nicolini fa riferimento all'art. 30 della l. n. 87 del 1953 come di una disposizione che indica all'interprete quali siano effettivamente le modalità per fare valere le conseguenze “della rimozione di una norma incostituzionale”, così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 26.

<sup>102</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 9. Sul punto si veda anche COSMELLI, *Efficacia intertemporale delle declaratorie di illegittimità costituzionale e situazione sostanziale: appunti in tema di «incostituzionalità sopravvenuta»*, in *Giur. cost.*, 2012, 1558.

<sup>103</sup> G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 85. Secondo lo stesso, la tesi per cui l'efficacia solo *ex nunc* scaturente dall'art. 136 Cost. è “infondata”.

declaratoria di incostituzionalità opera, infatti, *pro futuro*...ma anche in direzione retrospettiva”<sup>104</sup>.

Più nello specifico, la locuzione “cessa di avere efficacia” si riferirebbe al fatto per cui la legge colpita dalla scure della dichiarazione dell’illegittimità costituzionale non può più, di fatto, costituire fonte del diritto, ragion per cui essa non può in alcun modo regolamentare atti, fatti e situazioni cui si riferiva<sup>105</sup>.

Esemplificativa in questo senso è la tesi di Foix, secondo il quale “l’art. 1 della l. cost. del ’48 in effetti integra l’art. 136 Cost [...] la legge ordinaria del ’53 non aggiunge niente di veramente nuovo ma si limita a rendere esplicito quanto è già possibile ricavare dai precetti di rilievo costituzionale”<sup>106</sup>.

Particolarmente suggestiva è la tesi avanzata da D’Amico, secondo la quale non sarebbe stato di per sé coerente avere immaginato un regime degli effetti avente efficacia solamente *ex nunc* per poi in seguito affidare ai giudici la disapplicazione della legge incostituzionale, “con effetti solo per il proprio giudizio”<sup>107</sup> nel periodo antecedente all’entrata in funzione della Corte costituzionale.

Pertanto, la retroattività - compatibile con la natura della disposizione costituzionale in questione del senso di una norma volta all’accertamento del carattere di nullità<sup>108</sup> - sarebbe già contenuta in una norma di rango costituzionale: “l’art. 30 è considerabile alla stregua di una chiarificazione dell’art. 136”<sup>109</sup> così come peraltro confermato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>110</sup>.

Il divieto di applicazione della norma dichiarata illegittima “a tutte le situazioni ancora pendenti” è stato sancito dapprima dal legislatore costituzionale (implicitamente) e successivamente da quello ordinario (esplicitamente)<sup>111</sup>.

In tale solco dottrinale si inserisce la tesi di Pace, secondo il quale l’art. 136 Cost., insieme all’art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 avrebbe determinato gli stessi effetti dell’art. 30 della l. n. 87 del 1953, qualora quest’ultima non fosse mai esistita<sup>112</sup>; alla stessa conclusione giunge Garbagnati, il quale afferma che l’art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953 non aveva in alcun modo

---

<sup>104</sup> Cfr. M. R. MORELLI, *Commento all’art. 136 Cost.*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di CRISAFULLI e PALADIN, Padova, 1990, 798.

<sup>105</sup> Sul punto si veda G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 86.

<sup>106</sup> Cfr. S. FOIX, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali*, cit., 30.

<sup>107</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 84.

<sup>108</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 84, la quale richiama V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., 120 ss.

<sup>109</sup> Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 35.

<sup>110</sup> Si veda C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 35.

<sup>111</sup> C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 33.

<sup>112</sup> Sul punto si veda A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1988, 58.

(illegittimamente) innovato l'art. 136 Cost., ma ne aveva “semplicemente reso più chiaro, con diverse parole, l'effettivo significato”<sup>113</sup>.

Infine, il tema della pubblicazione<sup>114</sup> incide fortemente sull'efficacia temporale della decisione di accoglimento.

La domanda da porsi è la seguente.

Quando l'art. 136 Cost. stabilisce che la cessazione di efficacia della norma incostituzionale decorre a far data dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, ci si riferisce alla pubblicazione che si effettua mediante il deposito della stessa decisione presso la cancelleria della Corte costituzionale, momento a partire dal quale “nasce il diritto per chiunque di ottenere copia dell'atto e di prenderne visione”<sup>115</sup>, oppure a quella che si realizza sulla Gazzetta Ufficiale o sul Bollettino regionale?<sup>116</sup>

La risposta si complica in ragione del fatto che, nel silenzio dell'art. 136 Cost., l'art. n. 29 della l. n. 87 del 1953 prevede che la decisione debba essere trasmessa al giudice entro due giorni dal deposito in cancelleria.

In effetti, sussiste una duplicità di termini iniziali, che tuttavia non pare porsi in contraddizione. Da un lato, con riferimento al giudizio principale, la trasmissione della sentenza al giudice del giudizio non può che produrre effetti di natura obbligatoria; dall'altro lato, l'efficacia più propriamente *erga omnes* è da riferirsi invece al momento della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale o sul Bollettino ufficiale della Regione, e ciò “in conformità al carattere generale della vicenda che la sentenza di accoglimento determina a livello di vigenza delle fonti interessate”<sup>117</sup>. In altri termini, il giudice del giudizio principale, qualora ne abbia l'opportunità, “può tenere conto della sentenza anche nell'intervallo fra la comunicazione di essa nella *Gazzetta ufficiale* o nel *Bollettino ufficiale*”<sup>118</sup>.

Pace ha ragionato sul tema della pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità insistendo sul legame necessario tra la l'efficacia immediata della sentenza di accoglimento e il tema del primato della Costituzione.

In sintesi, secondo l'Autore<sup>119</sup> fare decorrere l'efficacia della declaratoria d'incostituzionalità di una norma a partire dal momento della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale impone uno sconvolgimento del rapporto tra fonti, in quanto non avrebbe senso sancire l'obbligatorietà della

---

<sup>113</sup> Cfr. E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 415.

<sup>114</sup> Interessante notare come il tema della pubblicazione della sentenza sia stato oggetto di ampio dibattito in sede di Assemblea costituente.

<sup>115</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 8.

<sup>116</sup> Sul tema si veda P. NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova, 387-394.

<sup>117</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 8.

<sup>118</sup> Così A. A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136*, cit., 186.

<sup>119</sup> Il quale mette in rapporto la certezza del diritto in relazione all'art. 15 delle disposizioni preliminari e la Costituzione. Cfr. A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, Giur.cost., 1988, 446.



norma incostituzionale per i privati e per la pubblica amministrazione e poi prevedere il differimento del termine a partire dal quale la sentenza di accoglimento inizia a dispiegare i propri effetti, in tal modo sminuendo il primato della Costituzione rispetto alla legislazione<sup>120</sup> e così avvicinandosi al “secondo corno del famoso dilemma del *Chief Justice Marshall*”<sup>121</sup>.

### 3.3. L'art. 136 Cost. nella dimensione spaziale.

Affrontare il tema dell'efficacia dell'art. 136 Cost. nello spazio si riallaccia al tema degli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale, atteso che la direzione spaziale che essi assumono costituisce, come si vedrà, il diretto precipitato del modello di sindacato di legittimità costituzionale prescelto.

Tanto premesso, come sottolineato da autorevole dottrina, “i due tipi di manipolazione degli effetti (nel tempo e nello spazio) sono complementari”<sup>122</sup>.

L'art. 136 Cost. si pone a fondamento dell'efficacia *erga omnes*<sup>123</sup> della pronuncia di incostituzionalità<sup>124</sup>.

Quanto affermato trova conferma nelle parole dell'On. Perassi, il quale, nel confutare la tesi dell'On. Nitti, che avrebbe voluto che il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi non venisse deferito alla Corte costituzionale, bensì alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, aveva affermato a chiare lettere: “[...] nel progetto nostro, la decisione della Corte costituzionale, in certi casi, avrebbe valore assoluto. Questa la differenza fondamentale”<sup>125</sup>.

Secondo Azzariti, l'efficacia “generale” di cui all'art. 136 Cost. costituisce certamente un dato imprescindibile per comprendere l'essenza della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, e tuttavia essa risulterebbe, al tempo stesso, del tutto occasionale: “il conseguimento degli effetti generali valevoli *erga omnes*” costituisce “qualche cosa di subordinato e occasionale, mentre il conseguimento degli effetti della pronuncia nel giudizio rappresenta lo scopo della controversia sulla costituzionalità della legge. Tali effetti sono essenziali”<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, cit., 446- 447.

<sup>121</sup> A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, cit.

<sup>122</sup> A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 158.

<sup>123</sup> G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., 149. Sul punto si veda anche, con particolare riferimento al rapporto tra Corte costituzionale e l'art. 81 Cost, V. CAIANELLO, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Cinquant'anni*, cit., 154; G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, cit., 127.

<sup>124</sup> A. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Cinquant'anni*, cit., 462; Sul punto si veda anche A. LOJODICE, *Profili di un'eventuale esecuzione del giudice costituzionale*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, 201.

<sup>125</sup> 28 novembre 1947, seduta antimeridiana.

<sup>126</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 173.



Secondo l'Autore quindi, l'efficacia generale<sup>127</sup> della sentenza di accoglimento costituisce un precipitato del "sindacato" che i Costituenti si proponevano, di fatto, di istituire: infatti "a tale scopo era coordinata la disciplina che volevano organizzare"<sup>128</sup>.

In sintesi, secondo questa ricostruzione dottrinale, gli effetti "normali" che conseguivano alla pronuncia della Corte costituzionale (in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale) andavano a costituire un *prius* rispetto agli effetti generali "più caratteristici e nuovi"<sup>129</sup>.

E in effetti la Corte costituzionale "è chiamata a decidere per tutti [...] ma sulla scorta di un caso singolo e concreto"<sup>130</sup>; sussiste pertanto l'elemento dell'universalità nel momento in cui il Giudice delle leggi adotta la sentenza di accoglimento, ove tale profilo, e ciò interessa, "passa attraverso la strozzatura (il *particolare*) del giudizio in via incidentale, attraverso il portone aperto dal giudizio *a quo*"<sup>131</sup>.

Vi sono, inoltre, due diverse categorie di effetti: una prima categoria si riferisce a quelli che interessano il giudizio in corso; l'altra categoria invece riguarda quelli prodotti al di fuori del giudizio<sup>132</sup>.

Ciò chiarito, è opportuno porre in evidenza in primo luogo che l'efficacia *generale* della dichiarazione di incostituzionalità sembra costituire una perfetta sintesi tra la *ratio* dell'impugnazione in via incidentale nell'interesse individuale e di quella dell'impugnazione in via principale nell'interesse generale.

L'efficacia di portata generale scaturente dall'art. 136 Cost. è stata interpretata da parte della dottrina<sup>133</sup> quale effetto della natura della stessa Corte costituzionale, vale a dire un organo legislativo o para-legislativo che si andrebbe ad innestare su un sindacato di tipo autonomo<sup>134</sup>.

La disposizione costituzionale in questione stabilisce innanzitutto "quale sia la conseguenza nell'ordinamento normativo della dichiarazione di incostituzionalità, operando quindi sul piano della vigenza delle fonti interessate"<sup>135</sup>; per questo motivo la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale è "suscettibile di operare come fonte del diritto"<sup>136</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136 Cost.*, cit., 184.

<sup>128</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 173.

<sup>129</sup> Si veda ancora G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 173. Sulla suddivisione di due diverse categorie di effetti della sentenza di accoglimento si veda anche R. ROMBOLI, *Il giudizio incidentale come processo senza pari*, Giuffrè, Milano, 1985, 32.

<sup>130</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in Giudizio "a quo", cit., 291.

<sup>131</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in Giudizio "a quo", cit., 292.

<sup>132</sup> In questo senso si è espressa la dottrina di G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., 153.

<sup>133</sup> Sul punto si veda A.A.V.V., *Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1953, 74.

<sup>134</sup> Tale ragionamento è attribuibile a C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 48. L'autorevole dottrina di Pizzorusso riporta le svariate classificazioni che sono state accostate alla natura delle sentenze di accoglimento. Si rimanda a A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136 Cost.*, cit., 181. Si rimanda anche a Modugno, il quale ha trattato ampiamente del tema della natura della sentenza di accoglimento. Si veda F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur.cost.*, 1963, 1737.

<sup>135</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 15.

<sup>136</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in Giudizio "a quo", cit., 276.

Come si accennava, l'efficacia *erga omnes* delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale ha fatto sostenere la natura "legislativa" delle stesse<sup>137</sup>; e tuttavia tale tesi non ha trovato ampio riscontro nella dottrina, dal momento che essa ha "riconosciuto alla Corte, sia pure da diversi punti di vista, e tuttavia, senza riserve, funzione giurisdizionale"<sup>138</sup>. Contraria è la dottrina di Azzariti, secondo il quale, essendo stata la Corte costituzionale istituita al fine di svolgere un compito del tutto nuovo e "addirittura in contrasto con la funzione giurisdizionale", non sarebbe possibile sostenerne la natura - appunto - giurisdizionale<sup>139</sup>.

Il tema, come noto, sembra colorarsi di una forte attualità, soprattutto alla luce dell'adozione dell'ordinanza "Cappato", in occasione della quale, la Corte costituzionale, secondo parte della dottrina, avrebbe assunto le vesti del legislatore<sup>140</sup>.

Eppure, se si considera il Giudice costituzionale quale "legislatore negativo", posto che le leggi hanno natura generale e astratta, allora "è ovvio che la loro eliminazione dall'ordinamento positivo [...] debba avere la medesima estensione oggettiva e soggettiva dell'atto caducato. E' questo un riflesso del controllo di costituzionalità organizzato in forma accentrata"<sup>141</sup>.

Secondo Ruggeri "il giudicato [...] è sempre esteso *soggettivamente* fino a ricomprendere tutti i naturali destinatari della fonte volta a volta considerata"<sup>142</sup>, tanto è vero che si è sostenuto di "far leva sull'interpretazione *a contrario* dell'art. 136, per ricavarne l'efficacia solo *inter partes* delle sentenze di rigetto"<sup>143</sup>.

#### 4. La "rivoluzione" rappresentata dalla l. cost. n. 1 del 1948.

L'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 ha disegnato un nuovo volto all'attività posta in essere dalla Corte costituzionale, "di carattere generale, su un caso concreto"<sup>144</sup>.

Si tratta, in effetti, di una rivoluzione "geneticamente ambigua", in quanto, in seguito all'entrata in vigore di tale legge, "la Corte è chiamata a decidere per tutti (con effetti cioè - sia pur entro

---

<sup>137</sup> B. BACCARI, *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 194. A. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 465.

<sup>138</sup> Cfr. B. BACCARI, *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 194.

<sup>139</sup> Cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, cit., 121. Allo stesso modo, secondo il Carnelutti la sentenza della Corte costituzionale non assume efficacia giurisdizionale in ragione del carattere speciale della natura dell'attività del Giudice delle leggi rispetto a quella del giudice comune. Sul punto si veda A.A.V.V., *Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1953, 65.

<sup>140</sup> In questo senso si veda L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.dirittopenalcontemporaneo](http://www.dirittopenalcontemporaneo), 2019.

<sup>141</sup> Cfr. G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 1984, 87.

<sup>142</sup> A. RUGGERI, *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, in (a cura di R. ROMBOLI) *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del Seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Giappichelli, Torino, 1991, 231.

<sup>143</sup> Cfr. A. RUGGERI, *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, cit., 321.

<sup>144</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 360.

certi limiti - *erga omnes*) ma sulla scorta di un caso singolo e concreto”<sup>145</sup>: in altre parole, “con la scelta dell’azione incidentale, qualificata però come esercizio giurisdizionale di diritto obiettivo, si manifesta quel sincretismo ideologico che aveva contraddistinto, fin dall’inizio, il dibattito sull’introduzione di un sindacato di costituzionalità delle leggi”<sup>146</sup>.

La legge costituzionale in questione costituisce la norma che forse più caratterizza il sistema di giustizia costituzionale italiano, atteso che, a differenza che in altri ordinamenti stranieri (come ad esempio quello spagnolo o quello tedesco), non esiste la possibilità per il singolo di accedere al Tribunale costituzionale; pertanto, una volta appurato che il ricorso in via principale è comunque sotteso all’asserita lesione di una competenza di spettanza dello Stato o, viceversa, della Regione, conseguentemente, rispetto alla tutela dei diritti e dei doveri dei cittadini, sembra essere assolutamente prevalente il ruolo esercitato dal controllo incidentale<sup>147</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione pesava il nodo problematico derivante dalla “scivolosa” formulazione dell’art. 136 Cost.

La l. cost. n. 1 del 1948, sancendo *apertis verbis* l’efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento sul procedimento a *quo*, in seguito ulteriormente specificata e, in qualche modo, estesa dall’art. 30 della l. n. 87 del 1953, svolse un ruolo chiarificatore fondamentale<sup>148</sup>.

In questo senso si è espressa la dottrina, affermando che “la scelta contenuta nella legge costituzionale n. 1 del 1948 a favore di una forma di azione dinanzi alla Corte *in via incidentale*, se apparentemente non incise sulla disciplina degli effetti delle decisioni di incostituzionalità, in realtà lo modificò profondamente”<sup>149</sup>, ancorando il giudizio costituzionale al valore di difesa dei diritti, a scapito della tutela “di principi dell’ordinamento, quali la certezza del diritto o la stabilità dei rapporti”<sup>150</sup>.

In altri termini, il legislatore costituzionale ha ritenuto di “non svincolare la pronuncia della Corte dalle concrete esigenze applicative della legge”<sup>151</sup>.

Afferma la dottrina, venendo così in soccorso nel presente ragionamento, che “risultò inevitabile [...] avanzare l’ipotesi che [...] la perdita di efficacia dovesse intendersi come impossibilità di applicare la legge *nel futuro* a tutti i casi ancora aperti; ciò significa che la perdita di efficacia avrebbe regolato anche fatti già svolti nel passato”<sup>152</sup>.

---

<sup>145</sup> Così M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, cit., 291.

<sup>146</sup> M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 111.

<sup>147</sup> Così la dottrina di A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *giurcost*, 1988, 2423.

<sup>148</sup> In questo senso si veda R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 183.

<sup>149</sup> Sul punto si veda, *amplius*, M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 85.

<sup>150</sup> Così M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 85.

<sup>151</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 13.

<sup>152</sup> M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 43.

La categoria della certezza del diritto peraltro subisce un indebolimento in ragione del fatto che la legge è sottoposta alla Costituzione e, pertanto, la sua validità rischia di essere sempre posta in discussione<sup>153</sup>.

D'altra parte, una simile incertezza, per così dire, di sistema, trova la propria ragion d'essere nel passaggio da una Costituzione flessibile ad una Costituzione rigida, dove la legge è divenuta, di fatto, un atto normativo sottoposto al giudizio di costituzionalità e quindi passibile di "dichiarazione di nullità ovvero di annullamento"<sup>154</sup>. La validità della legge è, *a fortiori*, ancora più suscettibile di incertezze se si considera che "l'accertamento della validità sostanziale della legge può richiedere complesse e controversie valutazioni, anche di natura etico-sostanziale"<sup>155</sup>. Per quanto attiene ad una ricostruzione di tipo-logico sistematico della scelta del sistema in via incidentale di qui si discorre nel presente paragrafo, non può essere non ricordata la tesi di Azzariti, secondo il quale fu proprio la rilevanza attribuita dai costituenti agli effetti "normali" della sentenza di accoglimento a discapito, evidentemente, di quelli invece "general" e "innovativi", a porsi alla base (*ex post*) dell'opzione insita nella l. cost. n. 1 del 1948.

Secondo lo studioso, "[...] la preminenza degli effetti normali ha reso possibile una disciplina schiettamente giudiziaria, quale è quella che vediamo accolta nell'art. 1 della legge 9 febbraio 1948, n. 1 e che risulterebbe del tutto incomprensibile, quando si volesse considerare la pronuncia come destinata a produrre soltanto o principalmente effetti generali valevoli *erga omnes*"<sup>156</sup>.

E' interessante notare come la conseguenza logica immediata di una simile suggestiva riflessione consista nella considerazione per cui non vi sarebbe alcuno spazio per negare, almeno in parte, il carattere giurisdizionale della pronuncia della Corte costituzionale<sup>157</sup>. Quanto appena scritto porta a riflettere su quanto sostenuto da Pinardi rispetto al rapporto tra Corte costituzionale e giudici; il linguaggio e la modalità di argomentazione del Giudice delle leggi, essendo del tutto simili alla prassi della giurisprudenza comune, determina, di fatto, la conseguenza per cui l'autorità giudiziaria "in tal modo, è stata (naturalmente) indotta ad attrarre l'organo di giustizia costituzionale all'interno del circuito giurisdizionale, prestando, alla sua giurisprudenza, - salvo eccezioni - la stessa costante (e deferente) attenzione che viene riservata alle pronunce di un giudice autorevole"<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> Così la dottrina di G. PINO, *Certezza del diritto e Stato costituzionale*, in (a cura di A. APOSTOLI - M. GORLANI), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017, 21.

<sup>154</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Wolters Kluwers, CEDAM, 2015, 4.

<sup>155</sup> Cfr. G. PINO, *Certezza del diritto e Stato costituzionale*, cit., 22.

<sup>156</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Guiffè, Milano, 1951, 173-174.

<sup>157</sup> In questo senso G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Guiffè, Milano, 1951, 174.

<sup>158</sup> R. PINARDI, *Brevi note sull'"effettività" delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in (a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI) "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 339. Rilevante è anche quanto sostenuto da M. D'Amico rispetto all'utilizzo da parte della Corte costituzionale di strumenti limitativi

L'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 ha il pregio quindi di andare a riempire di significato "logico" (secondo la *ratio* della difesa dei diritti dei singoli tipica del sistema di legittimità costituzionale americano<sup>159</sup>) il ricorso alla Corte costituzionale: tale assunzione di significato viene esplicitata facendo riferimento ad una peculiare forma di eccezione all'istituto dell'irretroattività, ove con riferimento alle sentenze della Consulta che definiscono i giudizi incidentali, la dottrina affermava "[B]eninteso, anche queste sentenze operano 'ex nunc': ma la loro irretroattività deve andare intesa nel senso che il termine iniziale della loro efficacia decorre dalla data della domanda introduttiva del giudizio principale e non solo dalla data della loro pubblicazione. Nel giudizio pendente la dichiarazione di illegittimità spiega tutta la sua efficacia: altrimenti non avrebbe scopo che il giudice, adito in via principale, sospenda di pronunciarsi sulla domanda, in attesa della decisione della Corte costituzionale sulla questione incidentale"<sup>160</sup>. Afferma inoltre correttamente la dottrina che "qualunque sistema di accesso che coinvolga, in un modo o in un altro (cioè per iniziativa diretta o anche mediata dall'esistenza necessaria di un processo), privati cittadini, enti ed istituzioni che non siano lo Stato [...], postula che la soluzione della questione retroagisca almeno alla situazione che alla questione ha dato origine [...]"<sup>161</sup>.

##### 5. *L'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento: l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953.*

In seguito all'approvazione dell'art. 128 del progetto di Costituzione<sup>162</sup>, così come modificato dall'emendamento Arata, "sul problema della retroattività della pronuncia di accoglimento non si tornò più fino alla prima legislatura repubblicana. Sicché, la ricostruzione di uno dei meccanismi centrali del sindacato di costituzionalità risultò il frutto del più tenace lavoro della dottrina che di un disegno di legge ben preciso"<sup>163</sup>.

Pare significativo evidenziare che la dottrina si è riferita, rispetto ai lavori preparatori della l. n. 87 del 1953, ad una mancanza di argomenti sul ruolo della Corte e sui modi che di fatto le avrebbero permesso di esercitare il proprio sindacato<sup>164</sup>. La legge in questione sembra riflettere, nei fatti, la perdita di interesse nei confronti delle modalità di investitura della Corte

---

dell'efficacia retroattiva del tutto comuni a quelli utilizzati dai giudici. Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit.

<sup>159</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit. 86.

<sup>160</sup> P. CURCI, *La Corte costituzionale*, cit., 81.

<sup>161</sup> Cfr. L. MAZZAROLLI, *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padova, 2000, 18.

<sup>162</sup> Si consideri che il primo comma dell'art. 136 corrisponde al terzo comma dell'art. 128 del progetto, mentre il primo comma del progetto è divenuto l'art. n. 1 della l. cost. n. 1 del 1948; così F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1731.

<sup>163</sup> Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 30. In tema di approvazione della legge in discorso si veda G. FERRARI, *La difficile nascita della Costituzione, in Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., 1275.

<sup>164</sup> Sul punto si veda l'attenta dottrina di M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 148.

costituzionale e del ruolo del cittadino-parte, e ciò forse alla luce del “venir meno, nella stessa classe politica, della tensione per la difesa delle libertà che invece animava i nostri Costituenti”<sup>165</sup>. Tanto premesso, la disposizione in questione rappresenta la superiorità della Costituzione rispetto al piano legislativo<sup>166</sup>.

Come sopra riportato, il principio della retroattività sembra costituire una mera esplicitazione (seppur a tratti contorta) di quanto contenuto implicitamente già nell’art. 136 Cost. e, successivamente, nell’art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948<sup>167</sup>.

Rispetto al rapporto tra la disposizione in discorso e la l. cost. n. 1 del 1948, la dottrina ha sostenuto che la prima ha, di fatto, “reso esplicito quanto *in nuce* contenuto nella scelta per la via di accesso incidentale<sup>168</sup>”, e ciò in quanto intrinsecamente “connessa con l’incidentalità del nostro sistema di giustizia costituzionale”<sup>169</sup>.

E in effetti la l. cost. n. 1 del 1948 ha di fatto “costituzionalizzato” la legge ordinaria istitutiva, fra gli altri, del principio di retroattività<sup>170</sup>. D’altra parte, una dottrina minoritaria ha sostenuto che la coerenza del sistema sotteso alla disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sia individuabile, e ciò in quanto la pregiudizialità del giudizio costituzionale non prova *altresì* che debbano giovare della declaratoria di incostituzionalità gli altri giudizi pendenti<sup>171</sup>; non casualmente in dottrina sono state prospettate diverse censure di illegittimità costituzionale dell’art. 30 della l. n. 87 del 1953<sup>172</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 151.

<sup>166</sup> Cfr. *amplius* M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 92.

<sup>167</sup> Parte della dottrina ritiene, al contrario, che l’art. 30 della l. n. 87 del 1953 differisca sensibilmente da quanto statuito dall’art. 136, si veda R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 15. Interessante notare, peraltro, che la dottrina, nel designare la disciplina relativa agli effetti delle sentenze di accoglimento fa riferimento al combinato disposto di cui all’art. 136 Cost. e l’art. 30 della l. n. 87 del 1957. Forse proprio perché risulta talmente implicita la corrispondenza con la legge costituzionale n. 1 del 1948 che pare del tutto superfluo indicare altresì quella specifica norma. Ancora, la disposizione costituzionale in questione non è stata richiamata dal Giudice costituzionale in occasione dell’adozione della sent. n. 10 del 2015. Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 1 e ss.

In questo caso, la ragione potrebbe avere un fondamento diverso, ovvero quello della consapevole volontà del Giudice delle leggi di “oscurare” la l. cost. n. 1 del 1948 in ragione della logica insita nella decisione stessa. Afferma Pugiotta: “Ora, come insegna la psicanalisi, la rimozione è sempre sintomo di un problema. Analogamente, tale rimozione normativa segnala il problema di natura processuale della sentenza n. 10/2015”. Sul punto si veda anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 60, il quale, richiamando la legge costituzionale in questione, fa riferimento al definitivo tramonto all’impostazione relativa all’efficacia meramente *pro futuro* della sentenza di accoglimento. In senso del tutto analogo si veda M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 87.

<sup>168</sup> D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Giur.cost.it*, 2016, 195.

<sup>169</sup> S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 394.

<sup>170</sup> In tal senso: G. VOLPE, *L’accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in R. ROMBOLI (a cura di) *Accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 31.

<sup>171</sup> Così F. DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970, 15.

<sup>172</sup> Sul punto si veda F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 13 ss.



Oggi, soprattutto in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015<sup>173</sup>, il rinnovato dibattito intorno alla gestione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità non può ignorare la problematica relativa alla prospettazione dell'incostituzionalità dell'art. 30, terzo comma, della l. n. 87 del 1953<sup>174</sup>.

In realtà, a ben vedere, se si sostiene l'impostazione per cui "l'efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento può ricavarsi già dalla lettura sistematica di questa norma con gli artt. 24 e 136 Cost."<sup>175</sup>, diverrebbe del tutto irrilevante il tentativo di argomentare un vizio di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953.

Peraltro, come noto, in occasione della decisione n. 127 del 1966, come si vedrà più avanti, la Corte costituzionale ha di fatto sancito la "assoluta identità sostantiva"<sup>176</sup> tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30, l. n. 87 del 1953, oltre che, naturalmente la loro compatibilità.

Come è stato opportunamente scritto in tempi recenti, "la legge del 1953, attraverso il suo art. 30, 3° comma, intese esplicitamente prendere atto della scelta a favore del sistema incidentale e della necessaria 'utilità' del giudizio costituzionale per il processo nell'ambito del quale la questione viene sollevata"<sup>177</sup>.

Anzi, esso sembra perfezionare il disegno tracciato alle due discipline normative, portandolo a compimento: se la norma cessa di avere efficacia a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza e se la questione di legittimità costituzionale non può che essere sollevata che nel corso di un giudizio, la conseguenza logica e immediata è quella della necessaria disapplicazione della norma dichiarata essere incostituzionale.

Suggestiva è altresì la tesi di Azzariti, secondo il quale è opportuno fare riferimento alla categoria dello *ius superveniens* al fine di apprezzare il legame esistente tra il meccanismo in via incidentale e l'efficacia retroattiva prevista all'art. 30 della l. n. 87 del 1953, atteso che l'autorità

---

<sup>173</sup> L'adozione della sentenza in discorso ha costituito un momento, per così dire, spartiacque rispetto al tema della graduazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo; basti soltanto considerare che, quasi un decennio fa, la dottrina amministrativa scriveva che "la Corte [...] si è vista costretta ad articolare variamente i propri dispositivi, anche con riferimento all'efficacia temporale delle pronunzie, ma sempre individuando una illegittimità sopravvenuta come limite della retroattività, non permettendosi di definire una retroattività parziale o totale in relazione agli interessi in gioco"; E.C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 283.

<sup>174</sup> S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 398-399. Sulla prospettazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 136 Cost. si veda F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 13 e ss.

<sup>175</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 392.

<sup>176</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1738.

<sup>177</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale e giudizio costituzionale a tutela dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 5.



giurisdizionale deve “tener conto della intervenuta dichiarazione di illegittimità della legge, nello stesso modo e con la stessa estensione di un *ius superveniens*”<sup>178</sup>.

Alla tesi appena menzionata si riallaccia la possibilità di giustificare l’efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento facendo leva sul principio di uguaglianza.

Se il sistema di giustizia costituzionale si caratterizza, in parte, per la presenza di un organo deputato, nello specifico, ad eliminare le fonti di primo grado non conformi ai principi costituzionali, allora la sollevazione da parte di un giudice della questione di legittimità costituzionale nel corso di un giudizio rispetto ad una norma non può esaurirsi nello stesso singolo procedimento, così da determinare “un privilegio accordato solo a colui che per la prima volta pensi a sollevare la questione”<sup>179</sup>.

In caso contrario, vi sarebbe la lesione del principio di uguaglianza, oltre che dell’art. 24 della Costituzione e dell’art. 113 Cost<sup>180</sup>; afferma correttamente la dottrina che “gli effetti *devono* essere retroattivi pena la violazione del principio di eguaglianza nell’applicazione della legge”<sup>181</sup>.

Eppure, come osserva attenta e (critica dottrina), il nesso appena evidenziato potrebbe avere natura facoltativa se si considera la monodimensionalità “propria degli studi di diritto interno”<sup>182</sup>.

In altri termini, l’efficacia retroattiva potrebbe essere considerata alla stregua di un’“opzione giuridica”<sup>183</sup>.

Peraltro, la relativa logicità insita nel concetto di retroattività potrebbe essere messa in discussione dalla previsione del meccanismo della doppia pubblicazione della declaratoria di incostituzionalità prevista dalla Costituzione e dalla l. n. 87 del 1953.

Al di là dei profili problematici pocanzi evidenziati e alla luce delle riflessioni appena svolte sembra possibile affermare che il principio di retroattività si informa della caratteristica della *generalità* (peraltro, del comando contenuto nella disposizione in discorso, il quale si rivolge ai giudici: di qui le problematiche legate, di fatto, alla modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ove la parola non spetterebbe, in ultima istanza, ai giudici<sup>184</sup>), non conoscendo

---

<sup>178</sup> Cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell’ordinamento dello Stato italiano*, cit., 127. Peraltro, Secondo l’Autore sarebbe proprio la sussistenza della sopravvenienza del diritto che interessa i giudizi pendenti a fare propendere per la natura legislativa della Corte costituzionale.

<sup>179</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in A.A.V.V., *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, vol. IV, 1953, 51.

<sup>180</sup> Così la dottrina di R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 14.

<sup>181</sup> Cfr. M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 32.

<sup>182</sup> In questo senso, è suggestiva la tesi di M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 33.

<sup>183</sup> Ancora M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 34.

<sup>184</sup> Sul punto si veda S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 395.

esso peraltro alcun limite se non quello dei cd. rapporti esauriti<sup>185</sup>; in altre parole il legislatore del 1953 pare essersi mosso entro i confini tracciati dal legislatore costituzionale del 1948, riempiendoli anzi di contenuto fino ad *estenderli*, e ciò in ossequio al principio di uguaglianza e al principio di difesa.

Il tenore testuale dell'art. 30 comma terzo della l. n. 87 del 1953 ha quindi plasmato l'efficacia *erga omnes* della declaratoria di incostituzionalità: se infatti l'art. 30 della l. n. 87 del 1953 fa riferimento alla disapplicazione della norma, allora tale disapplicazione non deve essere ritenuta riferibile soltanto al giudizio *a quo*, bensì anche agli altri giudizi ove rilevi la medesima questione di legittimità costituzionale.

A questo punto della trattazione pare doveroso svolgere un cenno al significato che assume il termine “retroattività”: innanzitutto riflettere sul concetto stesso di retroattività costituisce un'operazione rilevante in quanto coinvolge più aspetti decisamente connessi tra loro, quali la funzione, il ruolo e la natura dell'organo di giustizia costituzionale<sup>186</sup>.

Il fenomeno dell'efficacia retroattiva costituisce al tempo stesso un concetto a tratti scivoloso e difficilmente configurabile in termini precisi: si fa infatti riferimento alla “cosiddetta” retroattività<sup>187</sup> delle sentenze di accoglimento.

Da un lato rileva il fatto che la Corte costituzionale non pone in essere una nuova disciplina nei confronti dei rapporti sorti nel passato; dall'altro, che la capacità di incidere sulle situazioni pregresse dipende, di fatto, dalla “cessazione di efficacia” di cui all'art. 136 Cost<sup>188</sup>.

A complicare il quadro di riferimento vi è la possibilità di qualificare la retroattività in questione evidenziandone diverse sfumature; si è fatto riferimento, infatti, ad un'efficacia retroattiva (in senso stretto), ad un'efficacia immediata (irretroattiva), e ad un'efficacia differita<sup>189</sup>.

Peraltro, la dottrina ha ritenuto di configurare la declaratoria di incostituzionalità nel senso di una decisione che, oltre ad avere effetti per il futuro, ha anche effetti *ex tunc* “notevoli, ma non assoluti”<sup>190</sup>, poiché, in linea teorica, la norma che sia stata dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi non dovrebbe essere più suscettibile di applicazione “senza alcuna distinzione fra

---

<sup>185</sup> E' proprio il profilo relativo alla *generalità* della forza retroattiva della declaratoria di incostituzionalità a costituire il punto di partenza per una riflessione problematica intorno alla gestione del processo costituzionale da parte del Giudice delle leggi.

<sup>186</sup> In questo senso si è espressa l'attenta dottrina di F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 58.

<sup>187</sup> Sul punto si veda A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit. 2657.

<sup>188</sup> Si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 8. Si veda anche A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 136*, 183.

<sup>189</sup> Così la dottrina di Pinardi in R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 21.

<sup>190</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 135. Cfr. sul punto anche G. MARAZZITA, *Ma la Costituzione è “retroattiva”? (Riflessioni a margine della sent. n. 12061/1998 della Corte di cassazione a sezioni unite)*, in *Giur. cost.* 1999, 1396 e ss.

norme sostanziali e processuali, e fra fattispecie anteriori e posteriori alla dichiarazione di incostituzionalità”<sup>191</sup>.

La sentenza di accoglimento può dirsi di “immediata applicabilità a tutti i rapporti non esauriti [...]”<sup>192</sup>, connotata da una retrodatazione virtuale e in alcun modo sostanziale<sup>193</sup>.

Ancora: “se dunque si vuole parlare di retroattività, occorre almeno chiarire che si tratta di un caso particolare per il quale non si determina alcuna successione tra discipline sostanziali”<sup>194</sup>.

E in effetti, la retroattività di cui si discorre non è da intendersi nel senso dell’inveramento del collegamento di effetti di natura giuridica a fatti anteriori al momento in cui è entrata in vigore la legge, ma di un’efficacia cd. immediata, vale a dire come “applicazione della nuova legge non solo alle situazioni future ma anche a quelle pregresse tuttora *sub indice*”<sup>195</sup>.

Interessante è la tesi di Spadaro<sup>196</sup>, secondo il quale “una sentenza della Corte costituzionale che accerta l’illegittimità di una legge non produce effetti pratici ‘diversi’ da quelli di un qualunque banale fenomeno abrogativo *ex nunc*”<sup>197</sup>: più in generale, il concetto di “retroattività” in senso stretto non potrebbe essere riferito al regime giuridico delle sentenze della Corte costituzionale<sup>198</sup>.

Secondo la suggestiva tesi di Azzariti, alla retroattività della sentenza di accoglimento prevista all’art. 136 Cost. si accompagna - contestualmente - una peculiare forma di irretroattività - ravvisabile ove la norma fa riferimento alla cessazione di efficacia - volta proprio a controbilanciare la retroattività “piena” che discende dall’accertamento dell’invalidità della legge<sup>199</sup>.

Tale generalizzazione discende dagli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, alla luce quindi del principio di razionalità e di quello di ragionevolezza, i quali dovrebbero essere sottesi alla alle scelte compiute dal legislatore.

Tanto premesso, una volta descritte le correnti dottrinali in punto di efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento, pare opportuno fare riferimento alla (notissima) sent. n. 127 del 1966.

---

<sup>191</sup> E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 443.

<sup>192</sup> A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 2423.

<sup>193</sup> A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in AIC, 2015, 17.

<sup>194</sup> Così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 21, il quale richiama, alla nota n. 46, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 266.

<sup>195</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 23.

<sup>196</sup> Si veda A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 249.

<sup>197</sup> Si veda ancora A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 250.

<sup>198</sup> In questo senso si veda A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, in “Il foro italiano”, Roma, 1984, 623.

<sup>199</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in Riv.dir.proc., 1950, I, 1950, 193.

In occasione di tale pronuncia<sup>200</sup>, relativa al nodo problematico dell'operatività del principio del principio del *tempus regit actum*, la Corte costituzionale ha chiarito il rapporto intercorrente tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, ponendo così in evidenza la possibilità, se non l'opportunità, di interpretare la relazione esistente tra le varie disposizioni che compongono la disciplina dell'efficacia dell'annullamento della norma incostituzionale in senso del tutto coerente e sistematico.

Il "braccio di ferro" intercorso tra il Giudice delle leggi e la Cassazione penale, la quale aveva ritenuto di assegnare alla decisione di incostituzionalità un'efficacia solamente per il futuro, è stato originato, come ampiamente risaputo, dalla famosa pronuncia n. 52 del 1965, cioè a dire dal c.d. caso Tarantini.

In tale pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato "la illegittimità costituzionale dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale nella parte in cui, con l'inciso 'in quanto sono applicabili', rende possibile non applicare all'istruzione sommaria le disposizioni degli artt. 304 *bis*, 304 *ter* e 304 *quater* dello stesso Codice". Come noto, dinnanzi alla negazione da parte della Corte di Cassazione di applicare la decisione alle attività processuali svoltesi sino al momento della dichiarazione dell'incostituzionalità, fu sollevata questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953, così "chiedendo alla Corte costituzionale un chiarimento circa l'efficacia delle proprie sentenze"<sup>201</sup>.

Afferma in seguito -lapidariamente- la Corte costituzionale che "è d'altra parte da osservare che il terzo comma dell'art. 30 della legge n. 87, contrariamente a quanto si assume, nel suo contenuto sostanziale, non diverge, in alcun modo, dal precetto costituzionale, come anche ritengono concordemente la dottrina e la giurisprudenza"<sup>202</sup>.

La Consulta, dopo aver chiarito che la l. n. 87 del 1953 non ha un carattere rinforzato rispetto alle altre leggi di natura formale, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 attraverso una sentenza interpretativa<sup>203</sup>, così sottolineando la profonda differenza intercorrente tra l'istituto dell'abrogazione e quello, invece, dell'annullamento tipico dell'attività di "custode" della costituzionalità dell'ordinamento giuridico svolto dalla stessa Corte. L'abrogazione e l'illegittimità costituzionale si muovono infatti "su piani diversi con effetti diversi e con competenze diverse"<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Per un commento si veda MODUGNO, Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87? in *giur.cost.*, 1966.

<sup>201</sup> Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 39.

<sup>202</sup> Cfr. Sent. n. 127 del 1966, Cons. in *dir.p.to.* 6.

<sup>203</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit.

<sup>204</sup> Cfr. Cons. in *dir.* 5.

Il Giudice delle leggi ha voluto imporre una “più ampia (e retroattiva) gamma di effetti delle sue decisioni su norme processuali”<sup>205</sup>, e, inoltre, ha inteso porre in evidenza “un peso significativo fra l’art. 136 c. 1 Cost. e l’art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948”<sup>206</sup>.

In seguito, come noto, la Corte costituzionale, in occasione dell’adozione della sent. n. 49 del 1970, ha chiuso un occhio, anzi due<sup>207</sup>, abbandonando definitivamente la “contesa” e lasciando spazio all’orientamento limitativo dell’efficacia retroattiva di cui all’art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 di cui si è fatta autrice la giurisprudenza di legittimità.

Ciononostante, l’avallo della patente di costituzionalità dell’art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 (e questo è il profilo che in questa sede più interessa) è presente anche nella sent. n. 49 del 1970.

Afferma infatti la Corte costituzionale che “al sistema delineato dagli artt. 136 della Costituzione e 1 della legge costituzionale del 1948 è pienamente conforme, nella lettera e nella ratio, il comma terzo dell’articolo n. 30 della legge n. 87 del 1953. Né si può dire sussistano al riguardo serie divergenze nella dottrina e nella prevalente giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, motivi di dubbi e di dissenso manifestandosi soltanto in ordine ai limiti che, per effetto di altre norme dell’ordinamento, si oppongono, nei singoli casi, alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale”<sup>208</sup>.

Prosegue la Corte, e qui è chiaro l’*overruling* posto in essere dalla Corte costituzionale rispetto alla sent. n. 127 del 1966, nel senso che “[...] i problemi che possono sorgere in quest’ordine di idee sono, evidentemente, problemi di interpretazione, e devono pertanto essere risolti dai giuridici comuni nell’ambito delle rispettive competenze istituzionali”<sup>209</sup>.

Quanto appena riportato permette di aprire un inciso sull’istituto civilistico dei cd. “rapporti esauriti”.

Infatti, il tema degli effetti della declaratoria di incostituzionalità non si esaurisce, di fatto, con “l’applicazione letterale dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953”<sup>210</sup>, ma interessa inevitabilmente il tema relativo all’identificazione della categoria entro cui si muovono i rapporti esauriti.

Come noto, i rapporti esauriti consistono nel passaggio in giudicato, nella prescrizione, nella decadenza e nella transazione, categoria entro la quale vengono fatti rientrare gli istituti dell’arbitrato irrituale, dell’arbitraggio, del concordato tributario<sup>211</sup> e del condono fiscale, qualora

---

<sup>205</sup> G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 635.

<sup>206</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 361.

<sup>207</sup> Cfr. L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio, forse anzi due*, in *Giur.cost.*, 1970, 947 e ss.

<sup>208</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 5.

<sup>209</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 3.

<sup>210</sup> Cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 36.

<sup>211</sup> Così, F. SAJA, *L’efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 1291.; cfr. anche R. Caponi, *In tema di “ius superveniens” sostanziale nel corso del processo civile*, in *Foro.it.*, 1992, I, 132 ss.

contempli una richiesta del privato<sup>212</sup>; possono considerarsi esauriti anche “i rapporti definiti per effetto sia degli atti amministrativi non più impugnabili, sia di atti negoziali rilevanti sul piano sostanziale o processuali, nonostante l’inefficacia della norma dichiarata incostituzionale”<sup>213</sup>.

In sede di analisi dell’istituto dei rapporti esauriti rileva la nota sent. n. 1 del 2014, la quale sarà oggetto di trattazione nel corso del secondo capitolo.

In quell’occasione la Corte costituzionale ha applicato “la categoria dei rapporti esauriti”<sup>214</sup> al fine di affermare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale “non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilità durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto”<sup>215</sup>.

Come si può vedere dunque, il Giudice delle leggi, al fine di salvaguardare il buon andamento istituzionale e al fine di non creare un *deficit* di natura democratica, ha statuito di fare appello ai rapporti esauriti al fine di preservare l’ordinamento da uno stato di “maggiore incostituzionalità”<sup>216</sup>, o meglio, da un gravoso vuoto democratico-istituzionale. Secondo la Corte costituzionale, le elezioni svolte in applicazione della disciplina dichiarata incostituzionale “costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti. Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali”<sup>217</sup>.

Sulla base di tale affermazione, l’efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento non si estende ai rapporti esauriti o consolidati<sup>218</sup>, in quanto insuscettibili, di fatto, di contestazione<sup>219</sup>.

---

<sup>212</sup> Così A. CERRI, *foro it*, 1993, 1206.

<sup>213</sup> Cfr. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistematica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 5.

<sup>214</sup> Cfr. G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 384.

<sup>215</sup> La dottrina ha espresso delle criticità quanto agli effetti pratici conseguenti alla pronuncia in discorso; cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014, 9-17; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014. Sembra che la Corte costituzionale, in occasione della pronuncia in esame e in occasione della sentenza n. 1 del 2014, abbia inteso percorrere una concezione “soggettiva” della giustizia costituzionale; sul punto si veda A. A. DEMMING, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 10-11. Per un richiamo all’esperienza tedesca si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell’organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell’accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017.

<sup>216</sup> Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2014.

<sup>217</sup> G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 384.

<sup>218</sup> Cfr. T.A.R. Roma, sez. I, 29/10/2018, n. 10436 e Consiglio di Stato sez. VI, 29/01/2019, n. 732.

<sup>219</sup> In questo senso G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 378. Ancora, si veda la dottrina di Così A. PIZZORUSSO, *Commento all’art. 136 Cost.*, cit., 184.



6. *La norma incostituzionale nella dimensione temporale: nullità o annullabilità? Una riflessione a partire dal modello americano e da quello austriaco. Cenni alla natura delle sentenze di accoglimento.*

La diatriba che ha interessato l'efficacia temporale dell'art. 136 Cost. assume un significato non soltanto dogmatico, ma anche e soprattutto di tipo pragmatico, e ciò in ragione del fatto, come si è già avuto modo di vedere, che il sistema di giustizia costituzionale italiano è un sistema di tipo misto, ove gli elementi tipici del sindacato accentrato si intrecciano con quelli del sindacato diffuso.

Riflettere infatti sulla direzione temporale che assumono gli effetti della declaratoria di incostituzionalità implica, come si è già in parte avuto modo di vedere, la necessità di analizzare la natura della declaratoria di incostituzionalità: si tratta, di fatto, di due profili intrinsecamente legati tra loro: in altri termini, il tema dell'invalidità della legge risulta essere intrinsecamente connesso con quello della natura della pronuncia con cui viene accertata tale invalidità<sup>220</sup>.

Quest'ultimo rappresenta un profilo della giustizia costituzionale particolarmente controverso, così come incerta è l'interpretazione - letterale - dello stesso art. 136 Cost.: i due nodi problematici appena evidenziati non sono infatti scollegati tra loro, nonostante "non tanto la natura costitutiva o dichiarativa della sentenza dipende dall'annullabilità o rispettivamente nullità (o inesistenza) della norma impugnata, quanto piuttosto la natura del vizio della norma si precisa alla luce della natura anzi dell'efficacia della sentenza che lo dichiara"<sup>221</sup>.

Se il sistema di giustizia costituzionale nordamericano<sup>222</sup> contempla la nullità della norma incostituzionale in quanto "contraria ad una *norma superior*"<sup>223</sup>, e pertanto, appunto, "null and void", e quindi inefficace<sup>224</sup>, il sistema austriaco prevede, al contrario, che la Corte costituzionale annulli la norma incostituzionale<sup>225</sup>.

La nullità<sup>226</sup> della legge incostituzionale si fonda, di fatto, su un assunto molto semplice: cioè quello per cui le conseguenze del giudizio di accertamento discendono direttamente dalla

---

<sup>220</sup> Così si è opportunamente espresso F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 375.

<sup>221</sup> Commento all'art. 136 Cost., in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit. 2658.

<sup>222</sup> Su tale sistema di veda, *amplius*, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>223</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1972, p. 105.

<sup>224</sup> M. C. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 105.

<sup>225</sup> Si veda, *amplius*, T. ÖHLINGER, *L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria, in Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, cit., 37 e ss.

<sup>226</sup> E' interessante notare sin da subito che autorevolissima dottrina qualifica la norma dichiarata incostituzionale nel senso di "norma" giudicata costituzionalmente illegittima" con riferimento all'ordinamento italiano; qualifica invece la norma quale "nulla" con riferimento, invece all'ordinamento tedesco. Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., 743.



“volontà stessa della Costituzione”<sup>227</sup>, dal momento che le “leggi costituzionali sono valide, le leggi incostituzionali sono nulle”<sup>228</sup>.

Importa osservare che proprio nell’idea della nullità della legge si è radicata la visione statunitense del sindacato di costituzionalità, la quale - non casualmente - poneva la Costituzione “a garanzia di diritti superiori al potere legislativo”<sup>229</sup>.

L’annullabilità della legge, tipica, invece, del modello di giustizia costituzionale austriaco, si fonda sull’idea per cui, essendo tutto il potere politico concentrato nella legge, allora risulta del tutto inaccettabile “la concezione di una legge nulla sin dall’inizio”<sup>230</sup>.

Come affermato dalla dottrina, la natura della sentenza di accoglimento dipende dalla determinazione della nullità-inesistenza della legge oppure dalla “situazione di invalidità i cui effetti discendono dalla pronuncia della Corte”<sup>231</sup>.

Occorre, innanzitutto, distinguere la categoria della nullità (e, per la verità, dell’annullabilità) da quella dell’inesistenza<sup>232</sup>.

Afferma correttamente Zagrebelsky che la categoria dell’inesistenza riguarda, nello specifico, la riconducibilità all’ordinamento, mentre la nullità e l’annullabilità ineriscono, invece, il vizio, o meglio, una particolare configurazione del vizio di atti esistenti<sup>233</sup>.

La dottrina ha cercato di fornire un fondamento alla distinzione tra inesistenza e invalidità della legge facendo riferimento all’attività dei giudici nella loro veste di “portieri”: se i giudici ritengono di sollevare questione di legittimità costituzionale, allora la legge, seppur invalida, sarà così configurata da avere, perlomeno, qualche profilo, per così dire, “di esistenza”; nel caso in cui, invece, i giudici non ritengano di sollevare questione di legittimità costituzionale, allora agiranno come se l’atto normativo non fosse mai venuto ad esistenza<sup>234</sup>.

Il tema non è certamente appannaggio del solo diritto costituzionale, in quanto, come affermato dalla dottrina all’indomani dell’entrata in funzione della Corte costituzionale “il contrapposto fra illegittimità e inefficacia-inesistenza delle leggi offre un certo parallelismo con quello fra invalidità-annullabilità e nullità-inesistenza di altri provvedimenti o di negozi giuridici”<sup>235</sup>, tanto

---

<sup>227</sup> G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 629; in senso analogo si veda M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 107.

<sup>228</sup> Così K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2 § 90, II, 2, München, 1988, 1145, secondo il quale il dogma della nullità della norma incostituzionale costituisce parte integrante della tradizione giuridica tedesca.

Quanto alla dottrina italiana si consideri V. ONIDA, *Pubblica Amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967.

<sup>229</sup> Così M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 3.

<sup>230</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 3.

<sup>231</sup> Cfr. F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, 805.

<sup>232</sup> Sul punto si veda la voce “Corte costituzionale”, in *Enciclopedia del diritto*, X Contratto-Cor, Giuffrè, Milano, 1970, 898, ove si propende per l’invalidità dell’atto incostituzionale.

<sup>233</sup> Così V. MARCENO’-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 197.

<sup>234</sup> G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., 198.

<sup>235</sup> Così autorevolmente E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957, 19.

è vero che la natura della decisione di accoglimento viene con fermezza qualificata da autorevole dottrina nel senso di una decisione che “secondo le categorie ricorrenti nel diritto processuale” corrisponde ad una decisione di accertamento<sup>236</sup>, così manifestandosi in tutta la sua evidenza la relazione intercorrente tra la qualificazione della declaratoria di incostituzionalità e le categorie del diritto processuale.

E’ importante sottolineare il fatto che nei sistemi di giustizia costituzionale in cui si sostiene la nullità della norma incostituzionale viene ribadita, di fatto, “la superiorità della Costituzione rispetto alla legge”<sup>237</sup>.

Come ampiamente noto, solitamente all’efficacia retroattiva di una pronuncia si riallaccia la natura “dichiarativa” della stessa<sup>238</sup>; al contrario, qualora invece l’efficacia di una decisione sia rivolta solamente verso il futuro, allora essa può essere qualificata in termini di una sentenza di natura costitutiva.

Secondo i sostenitori della nullità della norma incostituzionale *ab origine*<sup>239</sup>, la norma incostituzionale non produce alcun tipo di effetto e, conseguentemente, non vincola i soggetti che ne sono destinatari.<sup>240</sup>

In altri termini, la norma incostituzionale è qualificabile *tamquam non esset*<sup>241</sup>: di qui la conseguenza logica della necessaria disapplicazione della norma da parte di ogni giudice, in seguito disciplinata dall’art. 30 della l. n. 87 del 1953<sup>242</sup>.

Uno tra i primi sostenitori della natura dichiarativa della sentenza di accoglimento (e quindi della relativa nullità della norma incostituzionale) fu Azzariti, secondo il quale non era possibile in alcun modo negare alla pronuncia della Corte costituzionale “il suo carattere puramente dichiarativo di una validità preesistente”<sup>243</sup>.

Nell’anno in cui entrò in funzione la Corte costituzionale la dottrina pareva conformarsi a tale tesi specifica, ponendo a fondamento di quest’ultima non solo il dato testuale dell’art. 136 Cost.,

---

<sup>236</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 629.

<sup>237</sup> Cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967.

<sup>238</sup> Tra coloro i quali sostengono la natura dichiarativa della decisione di accoglimento si veda E. E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 423.

<sup>239</sup> Cfr. sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 350.

<sup>240</sup> E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 420. Si veda anche Così F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del “potere esecutivo”*, cit., 1739. Sul tema dell’obbligatorietà o meno della legge incostituzionale prima dell’intervento della sentenza di accoglimento si veda G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 271 ss; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 349 ss; C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 62.

<sup>241</sup> Sul punto si veda E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 421.

<sup>242</sup> Sul tema della disapplicazione si veda M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in *giurcost.*, 1967, 589-591.

<sup>243</sup> G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., 161. In questo senso di veda anche M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 207.

ma anche la natura giurisdizionale del Giudice delle leggi<sup>244</sup>, alla quale logicamente consegue un'attività di puro accertamento.

Ancora. L'impossibilità di configurare la declaratoria di incostituzionalità nel senso di una sentenza costitutiva<sup>245</sup> potrebbe dipendere dal fatto che la Corte, nel momento in cui dichiara esistente il vizio di legittimità costituzionale, "non costituisce, modifica, o estingue rapporti giuridici con effetti tra le parti, i loro eredi o aventi causa, per usare l'espressione contenuta nell'art. 2908 cod. civ."<sup>246</sup>, tanto è vero che l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, cioè la legge, non può essere considerato alla stregua di un rapporto giuridico o di un contratto<sup>247</sup>.

Peraltro, se pure è contenuto nell'art. 136 Cost. il riferimento alla cessazione dell'efficacia, in seguito all'intervento della sentenza di accoglimento viene di fatto impedito alla legge di regolare determinate situazioni"; tale cessazione di efficacia (nonché l'obbligo di non applicazione della legge dichiarata incostituzionale) interviene "[...] non già direttamente ad opera della pronuncia della Corte, bensì, in conseguenza dell'accertamento operato con la pronuncia di accoglimento, rispettivamente *ope constitutionis* e *ope legis*"<sup>248</sup>.

Milita in questo senso anche la dottrina di Onida: la legge incostituzionale è nulla, tanto è vero che l'Autore ha strenuamente sostenuto il carattere non obbligatorio e non vincolante della legge incostituzionale nei confronti dei privati cittadini e della pubblica amministrazione<sup>249</sup>.

Quanto appena scritto permette di sostenere - *a contrario* - che tra l'efficacia solamente *pro futuro* della sentenza di accoglimento e la natura costitutiva della declaratoria di incostituzionalità

---

<sup>244</sup> Cfr. P. CURCI, *La Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1956, 80. Recentemente la natura giurisdizionale della Corte costituzionale è stata confutata da una dottrina che ha ampiamente studiato la modulazione degli effetti delle decisioni di accoglimento. Secondo Pinardi, due sarebbero i motivi per cui non sarebbe possibile appellarsi alla natura giurisdizionale dell'attività posta in essere dalla Corte costituzionale: l'efficacia erga omnes ex art. 136 Cost. della declaratoria di incostituzionalità e la loro non impugnabilità ex art. 137 Cost. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *la Corte alla prova dei fatti*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 442.

In generale sull'effetto di giudicato delle sentenze di accoglimento si veda A. PIZZORUSSO, *Effetto di "giudicato" ed effetto di "precedente" delle sentenze della Corte costituzionale*, in *giurcost.*, 1966, 1976 ss.

Secondo la dottrina, peraltro, l'inappellabilità delle decisioni della Corte costituzionale è determinata dalla peculiare composizione della stessa.

Non esistendo, infatti, un organo contraddistinto da una composizione talmente complessa, non è possibile che la pronuncia del Giudice delle leggi venga sottoposta ad una forma di impugnazione. Così S. CASSESE, R. PEREZ, *Istituzioni di diritto pubblico*, La Nuova Italia, Firenze, 1984, 346.

<sup>245</sup> Contra si veda E.C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 283, il quale fa esplicitamente riferimento ad una pronuncia costitutiva di annullamento.

Tale orientamento viene confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 11 gennaio 2013, n. 110. Cfr. V. SICARI, *Nota Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 11 gennaio 2013, n. 110*, in [www.dirittoamministrativo.it](http://www.dirittoamministrativo.it), 2013.

A tal proposito rileva riportare quanto affermato da Romanelli, il quale affermava che l'efficacia irretroattiva non corrisponde all'essenza della costitutività, tanto è vero che l'efficacia retroattiva dell'annullamento discende dalla "dommatica accolta nel concetto di annullabilità", la quale "trova piena conferma nel diritto positivo". Così ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939 - XVII, 344.

<sup>246</sup> G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 81.

<sup>247</sup> Cfr. G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 81.

<sup>248</sup> Si veda il commento all'art. 136, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione* 2657.

<sup>249</sup> Cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., 94 e ss.

sussiste un legame di natura quasi “genetica”: tale legame è stato ben evidenziato da un’affermazione granitica di Giannini, secondo il quale “la pronuncia del giudice è una pronuncia per effetto della quale la norma perde efficacia *ex nunc*, nei confronti della generalità dei cittadini. Dunque, è una sentenza costitutiva”<sup>250</sup>.

La natura costitutiva della decisione della Corte costituzionale, o, anche, la natura dell’accertamento con effetti costitutivi<sup>251</sup>, costituisce il perno intorno al quale ruota la tesi dell’annullabilità della norma incostituzionale, che, lo si vuole ricordare, costituisce oramai la tesi più diffusa. Non è forse un caso che, come affermato da Pizzorusso, “i costituenti pensavano di avere introdotto un sistema di *Verfassungsgerichtsbarkeit* essenzialmente modellato su quello previsto dalla Costituzione austriaca”<sup>252</sup>.

Peraltro, la natura costitutiva dell’annullamento viene descritta mediante il ricorso ad un sillogismo: se l’annullamento provoca l’eliminazione della rilevanza, e quindi dell’efficacia attribuita ad un atto invalido, allora la pronuncia che determina l’annullamento ha efficacia di natura costitutiva<sup>253</sup>.

Ciò chiarito, Modugno ha offerto un’interessante tesi che sembra superare la contrapposizione tra la nullità e l’annullabilità della norma incostituzionale.

Secondo l’Autore, l’effetto dell’annullamento della pronuncia di incostituzionalità “non escluderebbe l’inesistenza della legge dichiarata incostituzionale, a causa della riconosciuta retroattività della pronuncia medesima che renderebbe inesistente *ex tunc* una legge, la quale, nel tempo intercorso tra la sua emanazione e la decisione della Corte, sarebbe stata invece pienamente esistente”<sup>254</sup>.

In dottrina c’è chi affermato che la categoria dell’annullabilità della norma incostituzionale è l’unica che può porsi in armonia con la funzione esercitata dalla Corte costituzionale, cioè a dire quella di controllare la costituzionalità dell’ordinamento giuridico: afferma correttamente Crisafulli che un’invalidità che non può che essere accertata da un singolo organo “si risolve [...] in una forma di annullabilità, e non di nullità”<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> M. S. GIANNINI, Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme, in *Giur.cost.*, 1956 914. Dello stesso avviso autorevolissima dottrina. Cfr F. PIERANDREI, *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione* in *giur.it* 1949 in *giur.it* 1949, 1,2, 182).

<sup>251</sup> G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 629. Si veda anche PIERANDREI, 1962, 967 e ss; A. PIZZORUSSO, la motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli? in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 380.

<sup>252</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *giur. cost.*, 1988, 2423.

<sup>253</sup> Così E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 496.

<sup>254</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del “potere esecutivo”*, cit., 1740.

<sup>255</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1970, 389.

Qualora non intervenisse la sentenza della Corte costituzionale, la “norma seguirebbe ad avere vigore, e dunque ad esplicare l’efficacia che le è propria *come se fosse valida*”<sup>256</sup>.

In definitiva è possibile affermare che la sentenza di accoglimento ha natura costitutiva non solo nel senso che rende certa l’invalidità di una norma (in quanto incostituzionale), ma anche nel senso che si pone alla base di un “divieto generalizzato di applicare - o, se si preferisce, di un obbligo generalizzato di disapplicare - la legge incostituzionale, obbligo insussistente, in altri termini, prima della decisione”<sup>257</sup>.

Secondo Pierandrei, sarebbe inesatta la definizione della declaratoria di incostituzionalità nel senso di una sentenza avente natura dichiarativa, non essendo stata accolta nell’ordinamento italiano la *ratio* del dogma della nullità della norma incostituzionale, bensì quello della cessazione di efficacia della norma *ope constitutionis*<sup>258</sup>.

Secondo la dottrina di Zagrebelsky<sup>259</sup>, la sentenza di accoglimento avrebbe natura ibrida, cioè di accoglimento con effetti costitutivi; si consideri che la tesi in discorso è quella che ha poi riscontrato maggior successo in seno alla dottrina<sup>260</sup>. Secondo tale suggestiva tesi, nel momento in cui la Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità di una norma, a quel punto si apre *il problema costituzionale*<sup>261</sup>, rispetto al quale viene lasciato un ampio spazio di intervento ad altri soggetti istituzionali, quali i giudici e il legislatore.

In questo senso, interessante è la prassi delle decisioni di incompatibilità tedesche, le quali intervengono propriamente nel “problema costituzionale” al fine di rimuoverlo.

Esposito, così come Zagrebelsky, sosteneva la tesi della natura della sentenza di accertamento dotata di effetti costitutivi: la Corte costituzionale non rende nulle le norme, bensì ne “rende certa la loro nullità”<sup>262</sup>.

Il fatto di “rendere certa” la nullità di una norma incostituzionale non implica un’operazione di “mero accertamento”, dal momento che “la dichiarazione della Corte è ammissibile solo di fronte alle leggi efficaci, ed in grado di attuarsi; e perciò rispetto alle leggi di per sé inefficaci, un inutile ricorso alla Corte è inammissibile”<sup>263</sup>.

---

<sup>256</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 389.

<sup>257</sup> Cfr. Commento all’art. 136, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione* 2658.

<sup>258</sup> Sul punto si veda F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, 274.

<sup>259</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 259.

<sup>260</sup> Commento all’art. 136, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., 2657.

<sup>261</sup> Pare interessante notare, sul punto, che in sede di Assemblea Costituente, l’On. Bozzi aveva affermato che, una volta pronunciata l’incostituzionalità di una norma, essa cessa di avere efficacia; pertanto, i poteri del Parlamento sarebbero del tutto esauriti, e non saprebbe quindi immaginabile una reazione da parte del Governo o del Parlamento, così come configurato, invece dall’On. Cappi. Cfr. la seconda Sezione della seconda Sottocommissione per la Costituzione nella seduta del 24 gennaio 1947.

<sup>262</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in *La Costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova, 1954, 271.

<sup>263</sup> Cfr. ancora una volta C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in *La Costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova, 1954, 279.

Segue un'argomentazione diversa ma giunge al medesimo risultato la dottrina di Monteleone, secondo la quale l'accertamento che potrebbe determinarsi alla luce dell'adozione di una sentenza di accoglimento, corrispondendo al concetto di cognizione, "è inscindibilmente connessa alla struttura intrinsecamente contraddittoria e antagonista del processo in genere, e di quello civile in particolare"<sup>264</sup>.

#### 7. Primi cenni intorno all'ammissibilità di un Giudice delle leggi "gestore" degli effetti delle proprie decisioni.

Come si è avuto modo di scrivere, alla Corte costituzionale non spetta in alcun modo la possibilità di gestire gli effetti connessi alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma. Alla base della sottrazione di qualsivoglia determinazione da parte della Corte costituzionale della sorte della legge dichiarata incostituzionale vi era il timore di un'invasione da parte dello stesso Giudice delle leggi nella sfera operativa del Parlamento, oltre che di una scarsa tutela della certezza del diritto<sup>265</sup>.

D'altra parte, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana due erano le esigenze da tutelare: da un lato, la separazione dei poteri, e, dall'altro, la fondamentale supremazia della democrazia rappresentativa<sup>266</sup>. Allo stato attuale si assiste -ancora- alla "esclusione della giurisdizione-competenza della Corte di ogni potere diretto a graduare o modulare la produzione dell'*efficacia nel tempo* delle proprie decisioni di accoglimento: sia con proiezione verso il futuro [...] sia con riferimento al passato"<sup>267</sup>.

Eppure, non si può non considerare il fatto che la Corte costituzionale dispone di strumenti idonei a rinviare nel futuro il momento della deliberazione del dispositivo di natura caducatoria<sup>268</sup>.

Ad esempio, la Consulta non sembra avere più "timore nel dichiarare esplicitamente nella motivazione il ruolo che ha svolto, per giungere ad una determinata conclusione, il principio desumibile dall'art. 81 Cost"<sup>269</sup>: proprio in occasione della sent. n. 10 del 2015 è uscita per la prima volta allo scoperto rispetto al bilanciamento effettuato, reinterpretando *ex novo* il requisito della rilevanza<sup>270</sup>.

---

<sup>264</sup> G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, cit., 79.

<sup>265</sup> Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 83.

<sup>266</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 259.

<sup>267</sup> Ancora, si veda G. D'ORAZIO, *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti)*, in *Effetti temporali*, cit., 348.

<sup>268</sup> Sul punto si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 2007, 76-81.

<sup>269</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre, Giuffrè, Milano, 1991, 194.

<sup>270</sup> Sul punto si veda S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo 366 ss.



Inoltre, in occasione dell'ord. n. 207 del 2018, la Corte costituzionale ha ritenuto di coniugare la tutela dell'ordinamento nel suo complesso con la tutela dei diritti dei singoli facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, intervenendo sul *tempo* del processo costituzionale.

Come correttamente affermato dalla dottrina, “sono ormai lontani i tempi in cui era pacifica l'idea che le decisioni di accoglimento della Corte fossero esclusivamente produttive di effetti automatici e precisi, in forza del combinato disposto degli artt. 136 della Cost., 1 della legge 1 del 1948 e 30, comma 3, della legge 87 del 1953”<sup>271</sup>.

In questo senso si è espresso anche Pisaneschi, il quale, consapevole dell'attività di valutazione posta in essere dalla Corte costituzionale, ha affermato che “[...] la funzione politica di bilanciamento degli interessi dell'organo costituzionale tende a divenire una agevole chiave di lettura (e di legittimazione) per ogni percorso della giustizia costituzionale che si allontani dai rigidi, e se si vuole troppo semplicistici schemi delineati dall'art. 136 Cost”<sup>272</sup>.

Le ragioni che si pongono alla base dell'operazione di bilanciamento<sup>273</sup> operata dalla Corte costituzionale sono del tutto simili a quelle che hanno condotto il Giudice delle leggi tedesco ad “inventare” le *Unvereinbarkeitserklärungen*; in via generalissima si tratta, come segnalato da un'attenta dottrina, di “vuoti legislativi, discipline residue ancora più lontane dalla Costituzione, nuovi o maggiori oneri finanziari per lo stato”, e, ancora, della necessità di salvaguardare la sfera discrezionale del legislatore<sup>274</sup>: le “esigenze di fondo comuni delle due giurisdizioni costituzionali [...] hanno condotto ad una sorta di sostanziale convergenza delle tecniche decisorie utilizzate al fine di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce e di rispettare, per quanto possibile, le prerogative decisionali del Parlamento”<sup>275</sup>.

Vi è di più. La dottrina ha registrato il tentativo da parte della Corte costituzionale di dare risposta “ai problemi sollevati dalle sentenze costituzionali produttive di nuove spese facendo riferimento ad alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte italiana, ispirati a modelli ormai consolidati dall'esperienza di alcune Corti straniere e, segnatamente, di quella tedesca”<sup>276</sup>.

---

<sup>271</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, cit., 339.

<sup>272</sup> Cfr. A. PISANESCHI, *Le sentenze di “costituzionalità provvisoria” e di “incostituzionalità dichiarata”: la transitorietà nel giudizio incidentale*, in *Giur.cost.*, 1989, 602. In questo senso anche M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2014, secondo cui “quando sorge un problema di contenimento degli effetti delle sentenze, invece, siamo di fronte a illegittimità ‘radicali’ dal punto di vista temporale, siamo dinanzi a casi in cui, cioè, la norma in questione è invalida sin dalla nascita, ma vi sono circostanze esterne alle questioni di compatibilità tra oggetto e parametro a determinare la necessità di non lasciar retroagire gli effetti dell'incostituzionalità, affinché si possa evitare di aggravare ulteriormente la situazione di incostituzionalità riconducibile all'illegittimità della norma”.

<sup>273</sup> In tema di bilanciamento con riferimento alla prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale si veda R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 467.

<sup>274</sup> Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, 13.

<sup>275</sup> Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002, 37.

<sup>276</sup> Cfr. E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Giappichelli, Torino, 1991, 66.



Per queste ragioni la dottrina ha giustamente posto l'accento sulla rilevanza di vagliare “anche in chiave comparatistica la possibilità, per il giudice costituzionale italiano, di accertare *esplicitamente* l'incostituzionalità di una disciplina legislativa senza con ciò provocarne la caducazione o ‘costituire’ l'obbligo di disapplicarla retroattivamente”<sup>277</sup>.

Nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale tedesco il *BVerfG*, da tempo collocato in quello che è stato definito un “labirinto dogmatico”<sup>278</sup>, può dichiarare l'incostituzionalità di una norma accertandone, appunto, la non conformità alla legge fondamentale, al tempo stesso dissociandone la relativa dichiarazione di nullità, così operando una scissione tra due elementi che dovrebbero essere strettamente collegati, essendo l'uno il presupposto dell'altro”<sup>279</sup>.

Osserva la dottrina che oggi il costituzionalismo contemporaneo implica, in ragione della sua veste sostanzialista, la ricerca della soluzione che possa essere più adatta al caso specifico, e quindi la riqualificazione in negativo degli automatismi, la delega ai giudici dell'operazione di bilanciamento e delle soluzioni “troppo rigide”<sup>280</sup>.

Volendo ragionare con le categorie tipiche del diritto costituzionale, chi scrive ritiene di sostenere la tesi esplicitata da Massa Pinto, secondo cui “l'articolato apparato argomentativo al quale la Corte costituzionale ricorre nella sentenza n. 10 del 2015, costituisce, sotto una molteplicità di profili, un laboratorio privilegiato per lo studio del diritto costituzionale del nostro tempo, rispetto al quale si deve definitivamente prendere atto che il giudice delle leggi decide ormai a prescindere da testo scritto della Costituzione”<sup>281</sup>.

Peraltro, la ricerca di questi strumenti viene giustificata sulla base di un fondamento costituzionale; si pensi, per esempio, al riferimento “costituzionale” operato dalla Corte costituzionale in sede di manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, finalizzato, di fatto, ad una contrapposizione “forte” con l'art. 136 Cost<sup>282</sup>.

Per questo motivo il Giudice delle leggi avrebbe sviluppato un “ricco strumentario processuale, solo in parte figlio del diritto positivo e in larga misura frutto di una lunga evoluzione giurisprudenziale”<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 13.

<sup>278</sup> J. IPSEN, *Nichtigkeitserklärung oder “Verfassungswidrigkeitserklärung”- Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollepraxis*, in JZ, 1983, 41.

<sup>279</sup> Cfr. B. CARAVITA, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in giur.cost., 1988, 2452. Sul punto si veda anche Si veda G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 259.

<sup>280</sup> Cfr. G. PINO, *Certezza del diritto e Stato costituzionale*, cit., 23.

<sup>281</sup> Cfr. I. MASSAPINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015.

<sup>282</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 240.

<sup>283</sup> Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 107.

La secca alternativa tra accoglimento e rigetto è stata qualificata come una forma di impostazione della disciplina degli effetti inadeguata, posta “in termini troppo schematici e rigidi, lontani dalla realtà dei problemi che si pongono ad un organo di giustizia costituzionale”<sup>284</sup>.

In senso contrario si è espressa altra dottrina, secondo cui “guardando alla storia dell’art. 136 della Costituzione sembra dunque di dover escludere l’adozione di soluzioni rigide, quanto alla disciplina degli effetti delle decisioni di incostituzionalità: anzi, la norma costituzionale parrebbe chiedere una certa elasticità nella soluzione di problemi come quelli che stiamo affrontando”<sup>285</sup>.

Non pare condividere la stessa tesi Onida, secondo il quale, qualora alla Corte costituzionale si riconoscesse una specifica facoltà implicita, cioè a dire quella di gestire gli effetti temporali delle proprie pronunce, si determinerebbe, inevitabilmente, un’incisione sulla stessa rigidità della Costituzione<sup>286</sup>.

Ancora, altra parte della dottrina sembra avere imboccato la medesima strada, cioè quella improntata ad una maggiore flessibilità nella gestione degli effetti della sentenza di accoglimento; afferma infatti l’Autore che, stante l’inopportunità di affidare ai giudici comuni “la determinazione del regime delle conseguenze delle decisioni della Corte costituzionale”, allora una soluzione potrebbe essere quella di “riservare alla Corte costituzionale il potere di escludere o di limitare l’espansione all’indietro dell’effetto di certe sentenze”<sup>287</sup>.

Non a caso l’organo di giustizia costituzionale ha adottato in più occasioni *species* particolari di decisioni temporalmente manipolative<sup>288</sup>, laddove “una manipolazione degli effetti temporali è presente al massimo grado”, cioè a dire le decisioni di incostituzionalità differita e quelle di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>289</sup>.

Una dottrina più recente ha affermato che l’assolutezza con cui viene configurata la nozione di illegittimità costituzionale rischia di determinare la violazione del “*principio di integrità e continuità dell’ordinamento*”<sup>290</sup>.

Non solo, qualora si volesse effettuare una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, vi sarebbe allora la possibilità di “comporre ‘a sistema’ i principi in materia di effetti delle decisioni

---

<sup>284</sup> Cfr. L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistica*, in L. CARLASSARE (a cura di) *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 22, ripreso da D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, 196.

<sup>285</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 84.

<sup>286</sup> Sul punto si veda V. ONIDA, *Problemi e fasi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi*, in *Giur.cost.*, 1988, 2414.

<sup>287</sup> Cfr. G. BATTISTACCI, *Indicazioni di alcune questioni di raccordo tra giustizia ordinaria e processo costituzionale*, in *Giudizio “a quo”*, cit., 249.

<sup>288</sup> Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 134.

<sup>289</sup> Sul punto si veda A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, 164.

<sup>290</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 58.

d'accoglimento, desumibili dall'art. 136 c. 1 Cost., con gli altri principi (eguaglianza, ragionevolezza, diritto di azione e di difesa, legalità in materia penale, esigenze di continuità degli organi costituzionali, ecc)<sup>291</sup>.

D'altra parte, è inevitabile considerare che la Corte costituzionale non svolge un'attività di mera legislazione negativa, in quanto, come intuibile, "sottrarre una legge al complesso normativo, che deve costituire un tutto organico, implica modificazione dell'ordinamento giuridico"<sup>292</sup>.

Quanto appena evidenziato non può non richiamare alla mente la categoria della maggiore incostituzionalità, uno dei *topoi* applicativi delle decisioni di incompatibilità tedesche.

Si anticipa sin d'ora che l'interessamento da parte del Giudice delle leggi alle conseguenze alle proprie pronunce sembra difficile da argomentare e da giustificare alla luce della disposizione costituzionale per la quale la sentenza di accoglimento deve essere comunicata agli organi legislativi "affinchè, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali" ex art. 136, secondo Comma, Cost<sup>293</sup>.

#### 8. Il giudice amministrativo è gestore degli effetti nel tempo?

Occorre segnalare, a mò di premessa, che sussiste, e ciò è forse inutile sottolinearlo, una profonda differenza rispetto al sindacato di legittimità costituzionale e il processo amministrativo, atteso che il secondo, come ampiamente noto, "si risolve precipuamente in un sindacato sull'attività della pubblica amministrazione, mentre il sindacato di legittimità costituzionale riguarda non tanto l'attività del legislatore, quanto oggettivamente l'atto legislativo, o, ancora più specificamente, la norma legislativa"<sup>294</sup>.

Quello che interessa nella presente sede consiste nel fatto che il giudice amministrativo pone di fatto in essere una gestione degli effetti delle proprie decisioni<sup>295</sup>. Rileva in tal senso una recente definizione delle regole processuali che disciplinano processo amministrativo, le quali andrebbero a costituire "un punto di partenza e non certo un punto di arrivo per il decisivo apporto creativo della giurisprudenza"<sup>296</sup>.

---

<sup>291</sup> M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 45.

<sup>292</sup> Cfr. G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, cit., 127.

<sup>293</sup> Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 22.

<sup>294</sup> G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, cit., 123.

<sup>295</sup> In tema di flessibilità del giudice amministrativo si veda R. DIPIACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Di.Proc. Amm.*, 4, 2012.

<sup>296</sup> Cfr. P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"*. Nota a sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 9.

In tema di modulazione degli effetti da parte del giudice amministrativo si veda R. NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, 34 ss.

Ha suscitato scalpore in dottrina la sentenza del Consiglio di Stato, VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755 - tanto da essere stata definita la ‘nuova’ sentenza di annullamento<sup>297</sup> - ove il giudice amministrativo, nell’adozione di una sentenza che si muove “lungo i binari della più classica delle azioni di annullamento, proposta a causa dell’invalidità dell’atto affetto da violazione di legge”<sup>298</sup>, ha statuito di non attribuire alla sentenza “i consueti effetti *ex tunc* di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati”, né di quelli *ex nunc*, così prevedendo il solo effetto conformativo e non anche quello caducatorio<sup>299</sup>.

Di fatto il giudice amministrativo ha “definito espressamente in sede di cognizione l’ambito di efficacia temporale della propria pronunzia”<sup>300</sup>; tale definizione corrisponde ad un atteggiamento “certamente nuovo da parte del giudice amministrativo”<sup>301</sup>.

Sostiene la dottrina che la decisione del Consiglio di Stato corrisponde ad una forma di esplicitazione di quelli che sono i poteri del giudice amministrativo, così da incentivare “una maggiore effettività della tutela giurisdizionale amministrativa, in linea con quanto puntualmente previsto negli artt. 24, 103, 111 e 113 della Costituzione”<sup>302</sup>, in quanto, pur avendo riconosciuto il Consiglio di Stato l’illegittimità del piano faunistico-venatorio previsto per gli anni 2009-2014 e i relativi atti intermedi in quanto privo di una “valutazione ambientale strategica”<sup>303</sup>, ha comunque statuito di escluderne l’annullamento.

Per quanto attiene alla vicenda specifica, occorre svolgere qualche puntualizzazione.

Il TAR respingeva il ricorso presentato dal WWF, in quanto la Regione Puglia avrebbe comunque attivato un procedimento idoneo alla valutazione del piano con riferimento all’impatto ambientale.

I giudici di Palazzo Spada, invece, hanno riformato la decisione del TAR ritenendo il piano illegittimo, statuendo tuttavia di non fare venire meno l’atto impugnato con effetto retroattivo in quanto altrimenti il territorio sarebbe rimasto privo di qualsivoglia regolamentazione posta a garanzia dell’ambiente<sup>304</sup>.

---

<sup>297</sup> Sul punto si veda A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *diritto processuale amministrativo*, 2012, 260.

<sup>298</sup> Cfr. A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 299.

<sup>299</sup> Si veda A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 307.

<sup>300</sup> C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 280.

<sup>301</sup> Così C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 280, secondo il quale non sono comunque mancati orientamenti del Consiglio di Stato volti a “evitare effetti retroattivi automatici dannosi per il pubblico interesse e non utili per il ricorrente, configurando dei poteri intermedi di esecuzione”: cfr. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 289.

<sup>302</sup> Cfr. C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 281.

<sup>303</sup> Cfr. G. LIGUGNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 126.

<sup>304</sup> Così G. LIGUGNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 127.

Al fine di corroborare una simile soluzione, il Consiglio di Stato si è appellato alla prassi eurounitaria, affermando che: “La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell’efficacia ex tunc dell’annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l’annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto ex nunc o che, addirittura, l’atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l’istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l’atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione C. Consiglio, in C 81/72; Corte di Giustizia 25 febbraio 1999, Parlamento C Consiglio, in C 164/97 e 165/97)”<sup>305</sup>.

Pertanto, al giudice amministrativo è dato di “differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti confermativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo”<sup>306</sup>.

La premessa<sup>307</sup> di un’affermazione tanto assertiva è quella per cui “la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l’esercizio del potere di determinare gli effetti della propria sentenza di accoglimento”<sup>308</sup>.

Certo è che il riferimento, a tal proposito, all’art. 113 Cost., non è parso alla dottrina del tutto conferente, atteso che, se l’art. 113 Cost., comma terzo, prevede che “La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”, allora esso non può fungere da base costituzionale per legittimare la gestione degli effetti del giudice amministrativo per il semplice motivo per cui la sentenza di annullamento è “generalmente tipica”<sup>309</sup>.

La dottrina amministrativistica, nel commentare tale sentenza, ha ritenuto che, al di là del tenore letterale dell’art. 34, comma 1, lett. a) del codice del processo amministrativo, vi è un principio specifico, denominato di “coerenza del sistema”: secondo tale criterio, l’annullamento dell’atto amministrativo impugnato non è idoneo a svolgere la propria funzione di garanzia dell’effettività della tutela del ricorrente quando la rimozione dell’atto stesso contrasta con quel principio di effettività della tutela giurisdizionale invocata, che rimane la stella polare e la ragion d’essere del processo amministrativo, al pari delle altre giurisdizioni”<sup>310</sup>.

Altresì l’art. 1 del c.p.a costituisce un elemento fondamentale ai fini della comprensione dell’apporto temporalmente creativo cui può condurre la giurisprudenza amministrativa.

Ai sensi di detto articolo “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.

---

<sup>305</sup> Cons. in. dir. n. 18.2.

<sup>306</sup> Cons. in. dir. n. 18.3.

<sup>307</sup> P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di “buon senso”*, cit., 2011.

<sup>308</sup> Cons. in. dir. n. 15.2.

<sup>309</sup> Cfr. G. LIGUGNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 128.

<sup>310</sup> P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di “buon senso”*, cit., 2011.

E' quindi l'effettività della tutela a porsi alla base della scelta della gestione degli effetti della sentenza di annullamento.

E in effetti, sarebbe proprio il comma 2 dell'art. 21 *octies* della legge 241 del 1990 ad avere "dequotizzato" l'effetto di natura demolitoria, in ragione della garanzia di una maggiore effettività della tutela offerta al ricorrente<sup>311</sup>.

Al contrario, a nulla varrebbe il riferimento all'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, in quanto il riferimento all'annullamento disposto in via di autotutela non interessa il giudice amministrativo, bensì l'amministrazione attiva<sup>312</sup>.

Ancora, volendo ripercorrere, seppur sinteticamente, la normativa rilevante rispetto alla gestione degli effetti delle decisioni adottate rispetto al processo amministrativo, non si può non considerare l'art. 34, terzo comma, del codice sul processo amministrativo, il quale garantisce al giudice la possibilità di non emettere una sentenza demolitoria allorquando ravvisi l'illegittimità dell'atto, ma semplicemente l'accertamento dello stesso<sup>313</sup>.

Allo stesso modo non è possibile ignorare l'art. 34, primo comma, lettera c), il quale prevede, di fatto, la condanna all'adozione di misure "idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio"<sup>314</sup>; ancora, alla lettera e del medesimo comma si prevede che il giudice possa disporre delle "misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione"<sup>315</sup>.

Eppure, tali disposizioni non militano a favore della possibile graduazione degli effetti della pronuncia di annullamento, bensì della possibilità, da parte del giudice amministrativo, di non disporre alcun provvedimento nel periodo anteatto, o, ancora, di fare salvi gli effetti dei provvedimenti che siano stati adottati in un momento successivo rispetto a quello annullato, oppure, ancora, di prescrivere l'adozione di provvedimenti nuovi aventi efficacia solamente *pro futuro*<sup>316</sup>.

Ma vi è di più.

Si considerino gli artt. 121 e 122 del c.p.a, dedicati ai pubblici appalti.

Tali disposizioni attribuiscono al giudice amministrativo un'ampia potestà valutativa circa la declaratoria di inefficacia del contratto<sup>317</sup>.

Il giudice amministrativo ha quindi ritenuto di farsi "amministratore", facendo prevalere il principio dell'effettività della tutela su quello della domanda di parte.

---

<sup>311</sup> P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"*, cit., 2011.

<sup>312</sup> In questo senso C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 286.

<sup>313</sup> P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"*, cit., 2011.

<sup>314</sup> Cfr. E. C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 287.

<sup>315</sup> Cfr. E. C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 287.

<sup>316</sup> Ancora una volta, si veda E.C GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 289.

<sup>317</sup> P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"*, cit., 2011.



La gestione degli effetti della decisione presenta un nodo problematico, cioè quello della “valutazione discrezionale sulla manifesta ingiustizia del risultato finale derivante dalla sentenza”<sup>318</sup>: l’horror vacui che si sostanzia nel timore della formazione di un vuoto, appunto, normativo, si identifica, nella logica argomentativa del giudice amministrativo, con il timore di determinare una lesione in capo al ricorrente<sup>319</sup>.

Ancora, la prevalenza di un interesse sull’altro (in questo caso, quello dell’Associazione ricorrente rispetto a quello dell’amministrazione), perde di rilevanza se si considera, come sostenuto dalla dottrina, che il mantenimento degli effetti dell’atto illegittimo corrisponde al mantenimento dell’interesse pubblico, meritevole di tutela<sup>320</sup>.

La sentenza appena esaminata sembra, di fatto, avvicinare l’attività giudicante del giudice amministrativo a quella dell’amministrazione: non a caso in precedenza si è fatto riferimento alla natura “amministratrice” del Consiglio di Stato.

Suscita quindi, in quest’ottica, ampio interesse il riferimento operato dal Sommo Consesso al modello unionale<sup>321</sup>: la Corte di Giustizia, lo si ricorda, differisce gli effetti nel tempo in ragione dell’art. 264 TFUE<sup>322</sup>, ai sensi del quale “Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell’Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l’atto impugnato. Tuttavia, la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell’atto annullato che devono essere considerati definitivi”.

Secondo la dottrina il riferimento alla giurisprudenza eurolunitaria non rilevarebbe<sup>323</sup>.

Eppure, se è pur vero che la normativa del codice sul processo amministrativo non contiene una disposizione analoga al TFUE, il quale prevede espressamente la possibilità in capo alla Corte di Giustizia di modulare la decorrenza degli effetti delle sue decisioni, è comunque rilevante -per comprendere le esigenze percepite dai Giudici - volgere lo sguardo non solo sugli ordinamenti giuridici di Paesi vicini, ma anche sulla giurisprudenza sovranazionale.

Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia ha suscitato ampie critiche in ragione del fatto che, al contrario di quanto deciso dal Consiglio di Stato, “la scelta di non annullare

---

<sup>318</sup> G. LIGUNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 140.

<sup>319</sup> In questo senso si veda G. LIGUNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 140.

<sup>320</sup> Così G. LIGUNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 141.

<sup>321</sup> G. LIGUNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., p. 142.

<sup>322</sup> Per un’indagine intorno alla modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di Giustizia dell’Unione Europea si veda L. CAPPUCIO e G. MARTINICO, *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 277-294.

<sup>323</sup> In questo senso anche E. C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 284.

sarebbe sempre stata utilizzata dalla Corte con cautela, nel caso di vizi formali e in presenza di un interesse particolarmente rilevante al mantenimento dell'atto"<sup>324</sup>.

Anche più recentemente l'Adunanza Plenaria ha limitato gli effetti della propria decisione al futuro.

Si tratta della sentenza n. 13 del 22 dicembre 2017, in occasione della quale il Consiglio di Stato ha dichiarato che "il combinato disposto – nell'ordine logico – dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo – come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni".

Anche nel caso di specie, similmente a quanto accaduto nel 2011, ciò che sembra avere spinto il giudice amministrativo a modulare l'efficacia della propria decisione è stata proprio la necessità di evitare una frattura eccessiva in senso all'ordinamento giuridico.

Più nello specifico, il Consiglio di Stato aveva temuto che si potesse determinare "una indiscriminata e generalizzata decadenza di tutte le proposte di vincolo non ancora approvate presenti sul territorio nazionale indipendentemente dalla data della loro formulazione, entro i brevissimi tempi di decadenza previsti dall'art. 141 del d.lgs. n. 42/2004"<sup>325</sup>.

Ciò che pare rilevare maggiormente è il riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale, e, in particolare alla sent. n. 10 del 2015, in seguito al quale il giudice amministrativo afferma che le sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno natura essenzialmente interpretativa e retroattiva ai sensi dell'art. 99 c.p.a; che "[...] la deroga alla retroattività trova fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni"<sup>326</sup>.

Vi è di più.

In seguito al riferimento all'art. 113 Cost. quale disposizione costituzionale idonea a sorreggere la deroga al principio di retroattività, in particolare in quei casi in cui "il giudizio di annullamento

---

<sup>324</sup>Cfr. G. LIGUGNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, cit., 130.

<sup>325</sup> Cons. in dir. p.to 2.

<sup>326</sup> Cons. in dir. p.to 6.

presenti uno spiccato carattere interpretativo”, l’Adunanza Plenaria prosegue identificando le condizioni specifiche che permettono di porre un limite all’efficacia retroattiva, *rectius*, che possano “limitare al futuro l’applicazione del principio di diritto”<sup>327</sup>: l’obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; l’esistenza di un orientamento prevalente contrario all’interpretazione adottata; la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Come forse intuibile, l’ultima condizione risulta quella più rilevante. Come si vedrà, quelle appena evidenziate dall’Adunanza Plenaria sono del tutto simili alle condizioni in presenza delle quali il Tribunale costituzionale federale tedesco statuisce di adottare una decisione di incompatibilità e non una decisione di nullità, proprio al fine di evitare l’“espansione immediata” dell’efficacia retroattiva.

---

<sup>327</sup> Cons. in. dir.p.to 4.

## Capitolo II

### La prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale

**Sommario:** 1. Una presa di posizione: il timore delle “conseguenze” derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità e il governo degli effetti nel tempo. 2. I tentativi di riforma della disciplina della declaratoria di incostituzionalità. 3. Una Corte costituzionale che interviene e supera i “limiti tradizionali” della giustizia costituzionale...oltre la gestione delle regole procedimentali del processo costituzionale. 4. La forma delle tecniche decisorie con cui il Giudice delle leggi manipola gli effetti della declaratoria di incostituzionalità “verso il passato”. 5. Le ragioni poste alla base della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento con riferimento al passato. 5.1 Le prime decisioni temporalmente manipolative dell’efficacia “verso il passato”. 5.2 L’*horror vacui* e la manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità “verso il passato”. 5.2.1. *Focus*: La sent. n. 1 del 2014: rilevanza “bilanciabile” e *horror vacui*. 5.2.2. A margine della sent. n. 1 del 2014. 6. L’equilibrio di bilancio quale antagonista dell’efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento. 6.1. *Focus*: La sent. n. 10 del 2015: un *unicum* nella storia della giustizia costituzionale. 6.2 La ribellione del giudice *a quo* a fronte del differimento dell’efficacia retroattiva contraddistinto dalla clausola di irretroattività. 6.3 Una Corte costituzionale incoerente? Il caso “isolato” della sent. n. 10 del 2015 e la giurisprudenza successiva. 7. Una riflessione sulla manipolazione nel tempo: i poteri istruttori della Corte costituzionale. 8. Lo spostamento del *dies a quo*: le ragioni alla base della prassi temporalmente manipolativa verso il futuro. 9. Gli strumenti volti a spostare nel futuro il *dies a quo*: le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. 9.1. Lo spostamento del *dies a quo*: le sentenze additive di principio. 9.2. Lo spostamento del *dies a quo*: i moniti e la modulazione “fantasma” ad essi sottesa. 9.3. A proposito di moniti ... rafforzati: il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore alla luce dell’ordinanza n. 207 del 2018.

*1. Una presa di posizione: il timore delle “conseguenze” derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità e il governo degli effetti nel tempo*

Alla luce dell’adozione delle prime decisioni “temporalmente manipolative”, la dottrina si è chiesta se fosse compito della Consulta occuparsi dell’impatto delle proprie decisioni<sup>328</sup> oppure

---

<sup>328</sup> Così M. D’AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?* in Quaderni costituzionali, 3/2015, 686-687.

La Corte costituzionale è infatti consapevole dell’impatto economico delle proprie decisioni. Cfr. V. MANZETTI, *La tutela dei Dritti sociali nello “Stato delle crisi”*, in [www.nomos-letteraturaneldiritto.it](http://www.nomos-letteraturaneldiritto.it), 2015, 12.

se la relativa competenza si dovesse esaurire nella dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una norma a prescindere da qualsivoglia indagine intorno agli effetti conseguenti.

Le ragioni consistono propriamente, come si è avuto modo di vedere, nella natura della declaratoria di incostituzionalità: essa è dotata di *effetti* (retroattivi) *erga omnes*, e, come noto, non è impugnabile<sup>329</sup>.

Dall'assunto in discorso hanno preso le mosse “generosi tentativi dottrinali di disciplinare e razionalizzare *rebus sic stantibus* gli effetti *manipolativi* nel tempo delle pronunce costituzionali”<sup>330</sup>. Tanto premesso, prima di proseguire con la riflessione che si intende svolgere nel presente paragrafo, il quale si pone (a mò di premessa) come obiettivo quello di “prendere una posizione”<sup>331</sup>, per quanto possibile, rispetto al potere della Corte di gestire il dato temporale degli effetti delle proprie decisioni, pare necessaria un'ulteriore considerazione.

Attenta dottrina ha evidenziato che, rispetto alla giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale, sono stati adottati due opposti approcci.

Secondo alcuni, la Corte non limiterebbe gli effetti delle proprie decisioni, ma farebbe uso di “poteri interpretativi comuni applicando tradizionali principi di diritto”<sup>332</sup>; secondo altra dottrina, invece, la Corte avrebbe posto in essere una vera e propria gestione del dato temporale degli effetti delle proprie decisioni<sup>333</sup>.

Ciò chiarito, allo stato attuale la dottrina maggioritaria milita nella direzione secondo cui la Corte costituzionale non può disinteressarsi delle conseguenze delle proprie decisioni: come sottolineato anche da Silvestri, il carico di responsabilizzazione spettante alla Corte costituzionale ha iniziato a manifestarsi in tutta la sua forza non appena la stessa “è fuoriuscita dai confini tradizionali della funzione giurisdizionale”, in tal modo consentendo “una maggiore tutela dei valori costituzionali, al prezzo dell'ingresso della Corte nel circuito di produzione di norme generali dotate di forza di legge”<sup>334</sup>.

Allo stesso modo Luciani aveva affermato che il nodo problematico relativo agli effetti della declaratoria di incostituzionalità non attiene, nei fatti, al giudizio, bensì alla forma di governo<sup>335</sup>.

---

<sup>329</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria*, cit., 442. Si veda anche A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 6.

<sup>330</sup> Si veda A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 214.

<sup>331</sup> Sul punto si veda M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 104.

<sup>332</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Il Giudizio di legittimità costituzionale*, cit., secondo la quale la Corte, per contenere gli effetti delle proprie decisioni avrebbe fatto ricorso al principio del *tempus regit actum* in materia processuale, al principio della salvezza degli atti compiuti dal funzionario di fatto in materia amministrativa e al principio di copertura delle spese.

La tesi appena descritta viene confutata da Politi, il quale afferma che nelle pronunce ad effetti “datati” la Corte costituzionale non avrebbe in alcun modo recuperato il principio del *tempus regit actum*. Cfr. R. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 300.

<sup>333</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli Editore, 2019, 208.

<sup>334</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>335</sup> Cfr. significativamente M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in A.A.V.V., in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., cit.*, 59.

Non è un caso che la Consulta, nel corso della propria attività, abbia ritenuto di appoggiarsi alla c.d. tolleranza del sistema<sup>336</sup> al fine di prevenire effetti deflagranti.

Come ampiamente noto, è l'efficacia *erga omnes* delle pronunce di accoglimento a muovere il Giudice delle leggi verso il contemperamento dell'efficacia “paradigmatica” della declaratoria di incostituzionalità, o, più in generale, verso bilanciamenti di natura anche “estremi”<sup>337</sup> (come quello che ha contraddistinto la criticata sent. n. 10 del 2015).

E' innegabile che la Corte costituzionale sia un “soggetto attivo nell'opera di ripristino degli interessi costituzionalmente protetti, i quali, in alcuni casi, rischierebbero di essere più danneggiati che tutelati da sentenze illimitatamente efficaci sui rapporti pendenti e sulle situazioni non ancora irretrattabili”<sup>338</sup>.

Similmente, in tempi sicuramente non recenti lo stesso Saja aveva affermato che “l'effetto retroattivo porterebbe tali sconvolgimenti negli assetti economico-sociali venuti a determinarsi che in definitiva il rimedio, costituito dalla sentenza della Corte, si rivelerebbe peggiore del male”<sup>339</sup>, atteso che la Corte costituzionale “opera nella realtà sociale, in quella che è la vita del paese”<sup>340</sup>.

In occasione del noto Seminario sugli effetti temporali tenutosi dinnanzi al Palazzo della Consulta i giorni 23 e 24 novembre 1988, parte della dottrina, preso atto della (recentissima) prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale, aveva avanzato suggestive riflessioni: la loro attualità, oggi, non può che manifestarsi in modo evidente, considerato, peraltro, che il dibattito sugli effetti delle pronunce “fu affrontato suppergiù nei medesimi termini in cui oggi lo ritroviamo”<sup>341</sup>.

Nel solco della tesi “possibilista” di Zagrebelsky<sup>342</sup> si inserisce la dottrina di Mezzanotte<sup>343</sup>, secondo la quale in conformità all'utilizzo del canone della ragionevolezza, estremamente rilevante ai fini di una corretta misurazione dei valori costituzionali, sarebbe impensabile non considerare la sussistenza di “un mutamento nei modi di acquisizione della legittimazione da parte della Corte”<sup>344</sup>, tale da corrodere, in parte, il rigido regime della retroattività.

---

<sup>336</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, cit., 62.

<sup>337</sup> Similmente a quello che contraddistingue l'organo titolare del potere legislativo. Cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 79.

<sup>338</sup> Cfr. ancora una volta, la luminosa dottrina di G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 79.

<sup>339</sup> Cfr. F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in *Effetti temporali*, cit., 2-3.

<sup>340</sup> Cfr. ancora F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in *Effetti temporali*, cit., 3.

<sup>341</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 87.

<sup>342</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, cit., 218.

<sup>343</sup> Si veda C. MEZZANOTTE, *Il contenimento degli effetti della retroattività delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 40.

<sup>344</sup> Sul punto si veda C. MEZZANOTTE, *Il contenimento degli effetti della retroattività delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 42.



Si consideri anche la tesi di Silvestri: secondo l'Autore, la necessità di tutelare il “valore fondamentale della reintegrazione degli interessi costituzionalmente protetti”<sup>345</sup> può condurre ad “esplicitare in anticipo le dimensioni normative e temporali dell'intervento della Corte sull'ordinamento esistente [...]”<sup>346</sup>.

Luciani, inoltre, ragionava sul fatto che la Corte necessitasse di una “più chiara capacità di calibrarsi e misurarsi sulla politica”<sup>347</sup>, riflettendo al tempo stesso su quegli strumenti di manipolazione degli effetti adottati, nello specifico, dal Tribunale costituzionale tedesco e da quello austriaco<sup>348</sup>.

In tempi più recenti parte della dottrina ha addirittura affermato che la modulazione degli effetti nel tempo andrebbe a rappresentare “uno strumento per rendere meno traumatico [...]” l'intervento della Corte costituzionale “[...] nei confronti della politica, ma al tempo stesso non comprometterebbe le ragioni della giurisdizione”<sup>349</sup>.

Il dibattito non si esaurì nell'immediato, in quanto negli anni novanta la dottrina si interrogò, più nello specifico, sulla correlazione esistente tra il principio dell'equilibrio di bilancio<sup>350</sup> e i costi delle pronunce della Corte costituzionale, culminato in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015<sup>351</sup>.

Recentemente la dottrina si è chiesta se abbia senso interrogarsi *funditus* “sulle conseguenze che i fatti esercitano sull'operato della Corte costituzionale”<sup>352</sup>.

---

<sup>345</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, cit., 47.

<sup>346</sup> G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, cit., 52.

<sup>347</sup> Sul punto si veda M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in *Effetti temporali*, cit., 107.

<sup>348</sup> Si veda M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, cit., 108-115.

<sup>349</sup> Cfr. in questo senso G. AZZARITI, *Intervento*, in (a cura di F. DAL CANTO) R. ROMBOLI, R. ROSSI, E. TARCHI, *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Atti del Seminario di Pisa del 26 settembre 1997, 93. Come riportato da Ruotolo, la distensione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità (del tutto simile peraltro, alla “Proposta Perassi”, avrebbe da un lato lasciato all'organo legislativo il tempo di intervenire, e dall'altro avrebbe permesso alla Corte costituzionale di evitare di comprimere la propria funzione di natura giurisdizionale.

<sup>350</sup> Un richiamo alle esigenze di bilancio - con riferimento, nello specifico, al criterio della gradualità - era rintracciabile nella sent. n. 57 del 1973: “Ne consegue che specie nella ipotesi di vaste ed onerose innovazioni, come quella introdotta con i decreti [...] anche in relazione alle esigenze di bilancio, si adotti un criterio di gradualità nello estendere al trattamento di quiescenza le maggiorazioni accordate per quello di attività, tanto più quando questa gradualità sia mantenuta, come nella specie, in un ristretto limite di tempo”.

<sup>351</sup> Si tratta, in effetti, di uno degli aspetti forse più rilevanti della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento nel tempo. Si veda AA.VV., *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in (a cura di E. BOTTINI, C. GUERRERO PICO, S. PASETTO, M. T. RÖRIG, C. TORRISI, Corte costituzionale, Servizio Studi, 2017.

<sup>352</sup> Si veda R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 440. Similmente E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 88. Secondo la dottrina di Carnevale, lo studio degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità non si può non legare al contesto relativo agli organi costituzionali. Così P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale “differita” fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'autoattribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 413-414.

La premessa comune è sempre la medesima: è “costituzionalmente” legittimo che la Corte costituzionale si preoccupi dell’impatto delle proprie decisioni?<sup>353</sup>

Vi è certamente ancora una parte minoritaria della dottrina che ritiene che non rientri tra i poteri della Consulta quello di preoccuparsi dell’impatto delle proprie decisioni, e che prende le mosse da una visione datata del principio di separazione tra poteri<sup>354</sup>, ove risalta il ruolo meramente giurisdizionale della Consulta<sup>355</sup>; ancora, sullo sfondo vi è il tema legato alla valutazione da parte della Corte costituzionale dell’opportunità delle leggi<sup>356</sup>.

Eppure, sempre con riferimento a quest’ultima tesi, sono state avanzate dalla dottrina (ragionevoli) critiche “sfumate”.

Ci si riferisce a precisi “punti fermi di ordine normativo”: in primo luogo, all’automaticità degli effetti delle decisioni di incostituzionalità<sup>357</sup> e, in secondo luogo, all’incidentalità della questione di legittimità costituzionale<sup>358</sup>, la cui origine corrisponde al fondamentale insegnamento di Kelsen<sup>359</sup>.

In effetti, quelli appena evidenziati corrispondono a precisi *limiti costituzionali* sul governo degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale<sup>360</sup>, ai quali si oppongono però, i mutamenti di parametro o del contesto normativo in cui si trovava la norma impugnata, come ad esempio, l’eccesso di temporaneità, l’abuso di gradualità<sup>361</sup>. Talvolta, invece, la Corte deroga a tali limiti costituzionali ponendo in essere un bilanciamento, in tal modo - come si vedrà - incidendo sulla “compattezza” o, se si vuole, sull’“assolutezza” della declaratoria di incostituzionalità.

Innanzitutto dietro ad una tesi “restrittiva” rispetto ai poteri di modulazione degli effetti da parte della Consulta si nascondono preoccupazioni (fondate) di natura non solo processuale ma anche sostanziale: l’eccessiva discrezionalità che implicherebbe la scelta del *dies a quo* dell’illegittimità; la violazione del principio di uguaglianza e di difesa “in danno dei soggetti titolari di rapporti temporalmente esclusi dall’operatività della pronuncia di illegittimità”;

---

<sup>353</sup> Sul punto si veda l’ampia trattazione di F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 281 ss.

<sup>354</sup> Secondo la quale il Parlamento deve necessariamente essere posto dinanzi alle proprie responsabilità. In questo senso L. VENTURA, *Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano, 1988, 715. Cfr. L. MAZZAROLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, CEDAM, Padova, 2000, 203. Ancora, si veda - meno recentemente - A. Pace, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto d’agire nei rapporti pendenti*, cit.

<sup>355</sup> I Così R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 444.

<sup>356</sup> Sul punto interessante è il contributo di R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, [www.romatrepress.uniroma3.it](http://www.romatrepress.uniroma3.it), 517. Ancora, si veda S. FOIS, *La crisi delle istituzioni*, in *Dir e soc.*, 1992, 9.

<sup>357</sup> Secondo la dottrina di Grosso, l’art. 136 Cost. e l’art. 30 della legge n. 87/1953 costituiscono “un imprescindibile strumento di protezione della giustizia costituzionale, la rinuncia al quale meriterebbe forse più meditate riflessioni”. Così E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?*, cit., 88.

<sup>358</sup> Sul punto si veda E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 421.

<sup>359</sup> Cfr. H. KELSEN, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, Paris, 1929, 127.

<sup>360</sup> Cfr. ancora E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 422.

<sup>361</sup> Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 423.

l'eventuale ma plausibile ribellione dei giudici di merito dinnanzi al differimento dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità e "l'insanabile contraddizione della stessa struttura incidentale del giudizio di costituzionalità della legge"<sup>362</sup>. La tensione tra giudici e Corte costituzionale, peraltro, appare oggi contraddittoria rispetto al ruolo di particolare rilievo che spetta ai giudici e agli organi che, di fatto, compongono il sistema giurisdizionale<sup>363</sup>.

Eppure, secondo parte della dottrina il dissenso che può manifestarsi nei provvedimenti giurisdizionali non potrebbe che favorire, talvolta, il dialogo tra giudici e Corte costituzionale, in modo tale da fare emergere "nel *discorso pubblico* elementi di possibile criticità delle decisioni costituzionali"<sup>364</sup>.

La stessa Consulta peraltro ha ritenuto (nello specifico, in due occasioni) di non potere attribuire a sé stessa il potere di modulare nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità. Rilevano in tal senso (implicitamente) l'ord. n. 377 del 1989 e (esplicitamente) la sent. n. 232 del 1989, le quali si pongono fortemente in contraddizione con la prassi temporalmente manipolativa "verso il passato".

In occasione della prima pronuncia il Giudice delle leggi aveva rigettato per manifesta inammissibilità la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lombardia sull'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, "nella parte in cui non prevede che la Corte, quando ritenga fondata una questione, non possa, prima di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma, assegnare un termine per il riesame da parte del legislatore facendo poi seguire alla sua inerzia la detta declaratoria di illegittimità costituzionale".

Evidente è il tentativo (fallito), posto in essere dal giudice rimettente, di consentire al Giudice delle leggi di spostare nel tempo gli effetti delle sentenze di accoglimento, in ragione, evidentemente, dei rischi connessi con l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

La Corte costituzionale, come anticipato, non entrò nel merito della questione in ragione dell'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale.

Ancora, poco dopo, nella sent. n. 232 del 1989, in occasione della quale la Consulta aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata sugli artt. 1 e 2 della legge 14 ottobre 1957, n. 1203, di ratifica ed esecuzione del Trattato di Roma del 25 marzo 1957 per difetto di rilevanza, è possibile leggere, con riferimento all'influenza sul giudizio *a quo*

---

<sup>362</sup> Sul punto si veda M. MORELLI, *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accertamento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta"*, a seguito di precedente pronuncia monitoria, in *Effetti temporali*, cit., 417-418.

<sup>363</sup> Cfr. il recente contributo di G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 403.

<sup>364</sup> Si veda ancora G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, cit., 403.

della sentenza della Corte di Giustizia che “[I]n sostanza, il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima”<sup>365</sup>.

In buona sostanza, il Giudice delle leggi ha fatto assurgere a principio supremo l’incidentalità del processo costituzionale<sup>366</sup>.

Volendo attualizzare il ragionamento appena evidenziato, si consideri che recentemente la dottrina, con riferimento all’analisi intorno all’impatto delle decisioni della Corte costituzionale, ha avuto modo di chiarire che la modulazione degli effetti nel tempo rappresenta un inequivocabile sintomo della *valutazione* da parte del Giudice delle leggi dell’impatto ordinamentale delle proprie pronunce.

D’altra parte, non si può non considerare che le Corti europee si muovono nella direzione dell’interessamento delle conseguenze derivanti dall’adozione della declaratoria di incostituzionalità, quasi secondo una comune linea di tendenza<sup>367</sup>.

Il timore per le conseguenze eccessive sembra costituire il minimo comune denominatore dell’esperienza tedesca, spagnola e francese, le quali sono conseguentemente approdate ad una forma di legittimazione della manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>368</sup>. Si consideri che lo stesso Modugno aveva affermato, precisamente, che il compito della Corte costituzionale dovesse essere quello di “eliminare le leggi incostituzionali dall’ordinamento, ma senza produrre situazioni di maggiore incostituzionalità”<sup>369</sup>.

Ebbene, con riferimento agli effetti incostituzionali derivanti dall’adozione delle sentenze di accoglimento, la dottrina ha acutamente rilevato che un differimento degli effetti con contestuale appello al legislatore (del tutto simile, come si vedrà, alle sentenze di incompatibilità tedesca), andrebbe a modificare con certezza la *ratio* originaria della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, e tuttavia essa, attraverso “una commistione tra le diverse ipotesi dell’abrogazione e dell’incostituzionalità” potrebbe di fatto “essere intesa come

---

<sup>365</sup> Cfr. Cons. in. dir. 4.2.

<sup>366</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 211.

<sup>367</sup> Sul punto si veda l’ampia trattazione di M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova, 2000, 301, così come R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., 25 e ss. Ancora, si veda M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, in [www.rivistadellaregolazioneimercati.it](http://www.rivistadellaregolazioneimercati.it), 2015, 221.

<sup>368</sup> Rilevante è, sul punto, la riflessione di Mezzanotte. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit., 45, il quale affermava un’innegabile “spinta al completamento del ruolo che avvicina la Corte italiana alle esperienze delle altre Corti occidentali anche sotto il profilo della conquista di una relativa disponibilità degli effetti delle sentenze [...]”.

<sup>369</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali*, cit., 15.

costituzionalmente giustificata nel contesto della cooperazione delle istituzioni dello Stato per la difesa e lo svolgimento della Costituzione”<sup>370</sup>.

E infatti, quanto alle ragioni giustificative delle sentenze temporalmente manipolative, rilevante, in questo senso, è il riferimento alla categoria della “maggiore incostituzionalità” che ricorre frequentemente nella prassi del Giudice di Karlsruhe, la quale costituisce un rilevante ambito applicativo (c.d. *Anwendungstopos*) delle decisioni di incompatibilità tedesche.

Nella giurisprudenza costituzionale francese<sup>371</sup> ricorre il riferimento agli effetti “manifestamente eccessivi” che deriverebbero dalla dichiarazione dell’illegittimità costituzionale di una norma con efficacia retroattiva. Rispetto al *Conseil Constitutionnel* la dottrina ha affermato che esso può rendere “possibile la dichiarazione di illegittimità costituzionale anche laddove una semplice caducazione risulterebbe eccessiva per le conseguenze che produrrebbe nel sistema”<sup>372</sup>.

Ci si potrebbe chiedere - a livello dogmatico - se la “maggiore incostituzionalità” corrisponda alla (mera) eccessiva dirompenza delle conseguenze derivanti dall’accoglimento della declaratoria di incostituzionalità.

In realtà pare doveroso rispondere negativamente, nonostante l’efficacia “manifestamente eccessiva” della declaratoria di incostituzionalità possa lambire la problematica sottesa alla “maggiore incostituzionalità”; tuttavia non pare di per sé sufficiente a rappresentare un’esigenza di natura costituzionale. E’ necessario infatti indagare la pregnanza della motivazione<sup>373</sup> (costituzionalmente orientata) in punto di estrinsecazione delle esigenze alla base di tale “deroga”<sup>374</sup>.

Nonostante tale puntualizzazione, comunque il *topos* della maggiore incostituzionalità assume un ruolo fondamentale in quanto risulta costituire “il *limite* e il *fine* della valutazione d’impatto ordinamentale”<sup>375</sup>.

E’ opportuno e costituzionalmente necessario, tuttavia, che l’efficacia retroattiva provochi “una carenza di tutela inaccettabile nei confronti di altri valori o interessi del medesimo rango [...]”<sup>376</sup>.

---

<sup>370</sup> Cfr. in questo senso M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, 360-361.

<sup>371</sup> Si consideri che attenta dottrina

<sup>372</sup> Cfr. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 261.

<sup>373</sup> Interessante la disamina sulla motivazione del Giudice delle leggi nel caso della pronuncia n. 10 del 2015 in relazione alla triade composta dalla motivazione, dal consenso *ex post* e dal dissenso. Sul punto cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2019, 400 e ss.

<sup>374</sup> Sul punto si veda Pugiotto, il quale afferma che “il potere rivendicato (ed esercitato) dalla Corte costituzionale incontra il solo limite dell’obbligo di una motivazione congrua. Ma questo è un limite che, se valicato, si rivela privo di conseguenze effettive [...]”. Cfr. A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit., 6.

<sup>375</sup> Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 425.

<sup>376</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria*, cit., 467.

E in effetti, anche se talvolta il *Bundesverfassungsgericht* non descrive compiutamente le ragioni poste alla base delle esigenze costituzionalmente necessarie, tuttavia il riferimento all'allontanamento dall'ordine costituzionale diviene parte integrante della motivazione.

Con riferimento all'ordinamento spagnolo occorre considerare che in via pretoria - in modo non dissimile a quanto accaduto con riferimento all'esperienza del *BVerfG* - si è affermato il principio per cui “il collegamento tra incostituzionalità e nullità non è sempre necessario e che rientra tra i compiti del Tribunale precisare gli effetti della nullità”<sup>377</sup>.

Anche il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto di poter differire gli effetti dell'incostituzionalità “pur in assenza di una esplicita attribuzione di potere”, e quindi prima dell'intervento della revisione costituzionale del 2010.

Tra le ragioni che conducono il Tribunale costituzionale spagnolo a differire nel tempo gli effetti delle proprie decisioni assume rilievo il rischio che si creino di conseguenze gravose sul piano finanziario. Ancora, gli effetti della pronuncia di incostituzionalità divengono oggetto di manipolazione qualora la norma dichiarata incostituzionale abbia esaurito i suoi effetti<sup>378</sup>.

Quello che interessa rilevare consiste nel fatto che anche il Tribunale spagnolo ha ritenuto di spezzare il binomio incostituzionalità-nullità alla luce delle necessità di prevenire conseguenze “eccessive”.

Ebbene, quanto evidenziato permette di mettere in luce un aspetto di rilievo: alla base dell'esigenza di respingere l'operatività dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità vi è - quasi quale comune denominatore alle esperienze straniere<sup>379</sup> - il rischio che si creino disavanzi rispetto al bilancio pubblico. E in effetti il rischio del vuoto di cassa sembra preoccupare a tal punto i Giudici costituzionali, da avere aperto la strada ad una positivizzazione della limitazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>380</sup>.

Tanto chiarito, ammesso e concesso che il Giudice delle leggi, interessandosi degli effetti e delle conseguenze delle proprie decisioni, possa intervenire sulla dimensione temporale degli effetti

---

<sup>377</sup> Cfr. sul punto l'attenta analisi offerta da Crivelli sulla disciplina degli effetti delle sentenze di incostituzionalità e la relativa possibilità di intervenire sulla manipolazione degli effetti da parte del Tribunale costituzionale spagnolo, in E. CRIVELLI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 490.

<sup>378</sup> Cfr. E. CRIVELLI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo*, cit., 490-491.

<sup>379</sup> Si veda D. MESSINEO, “*Accadde domani*”: *illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla “Robin Tax”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, il quale conferma che “altri tribunali costituzionali differiscono gli effetti delle dichiarazioni di illegittimità delle norme impositive - specie per non inficiare la progettazione finanziaria e di bilancio”.

<sup>380</sup> Non è un caso che sia uscito uno studio interamente dedicato alla modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità con specifico riferimento alle esigenze finanziarie. Cfr. AA.VV. (a cura di P. PASSAGLIA), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2017.

Meno recentemente, tra gli anni ottanta e novanta lo stretto legame tra “la sperimentazione di nuove tipologie di decisione e le specifiche problematiche legate alla finanza pubblica fu reso immediatamente esplicito”. Così E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur.cost.*, 2015, 80.



delle sentenze di accoglimento, non si può non considerare quanto era stato acutamente rilevato da Panunzio alla fine degli anni ottanta.

Il giurista, mostrandosi particolarmente aperto ad una giurisprudenza costituzionale flessibile, aveva svolto un ragionamento intorno all'idoneità che si contribuisse ad “una emersione ed esplicitazione del bilanciamento dei valori costituzionali effettuato dalla Corte, un irrobustimento della motivazione delle sentenze in cui questo bilanciamento si realizza, una elaborazione di tests che guidino il cammino della Corte su questa via, tutto questo significa - a me sembra - non tanto incoraggiare la Corte ad assumere un ruolo che non è suo, ma piuttosto contribuire a fare in modo che la Corte assuma più pienamente e consapevolmente la *responsabilità* di questo suo ruolo”<sup>381</sup>.

Secondo chi scrive, se è vero che il *topos* del rispetto della discrezionalità del legislatore gioca, come si vedrà, un ruolo fondamentale rispetto al differimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, tuttavia sembra che il timore delle conseguenze giuridiche derivanti dalle sentenze di accoglimento costituisca - anche alla luce di uno sguardo comparato - una tra le più immediate ragioni poste alla base della “pragmatica” gestione degli effetti delle pronunce. Non solo, in linea generale, alla base della prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale può anche porsi l'esigenza di concretizzare i principi e i valori costituzionali, con ciò rendendo espliciti valori costituzionali impliciti<sup>382</sup>.

Certo è che attraverso la manipolazione degli effetti delle proprie pronunce la Corte costituzionale non può e non deve creare nuovi principi<sup>383</sup>: in questo senso, pertanto, sembra essere del tutto critica la sent. n. 10 del 2015, in occasione della quale la Consulta sembra avere aperto la strada verso una nuova forma di bilanciamento tra principi, entro i quali rientrano - del tutto impropriamente - altresì le regole processuali che governano il giudizio costituzionale.

## 2. I tentativi di riforma della disciplina della declaratoria di incostituzionalità.

La mancata regolamentazione legislativa della possibile manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, cui si riallaccia una mancata riflessione dottrinale sull'impatto ordinamentale del *decisum*, potrebbe avere di fatto messo “in tensione i principi di struttura del processo costituzionale (l'incidentalità, in particolare) e a rischio la stessa legittimazione della Corte, custode del principio di legittimità costituzionale”<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 285.

<sup>382</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 214.

<sup>383</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 214.

<sup>384</sup> Cfr. sul punto E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 427.

Al di là delle riflessioni, per così dire, teoriche, non si può non considerare il fatto che il legislatore ha cercato più volte di modificare la disciplina relativa agli effetti delle sentenze di accoglimento, auspicando un ammorbidimento dell'efficacia retroattiva sottesa alla declaratoria di incostituzionalità.

Nonostante la risalente riflessione dogmatica appena richiamata si inserisca nel solco di una teoria “possibilista” (anche se opportunamente cauta) della manipolazione degli effetti delle decisioni di incostituzionalità, oggi, a quattro anni dall'adozione della sent. cost. n. 10 del 2015, non si è ancora assistito alla modifica della disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, e ciò nonostante ci siano stati alcuni rilevanti tentativi di riforma della stessa.

A tal proposito non può essere sottaciuta la qualità del disegno di legge “Lanzillotta”<sup>385</sup>, il quale descrive compiutamente le ragioni poste alla base dell'esigenza di una modifica dell'attuale disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prendendo le mosse dal problema del “costo” delle pronunce della Corte, emerso, nello specifico, in seguito all'adozione della sent. cost. n. 70 del 2015.

Il disegno di legge, che consta di soli due articoli, prevede, all'art. 1 (Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87), lettera c) che “al terzo comma dell'articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali». Il fine era quello di riaffermare, “sul piano legislativo, la possibilità per il Giudice costituzionale di gestire gli effetti temporali delle proprie pronunce”<sup>386</sup>.

Non è un caso che la proposta di modifica dell'art. 30, comma terzo, sia intervenuta proprio a seguito dell'adozione di una sentenza “di spesa”: l'esigenza di procedere ad una forma di legittimazione della gestione degli effetti nel tempo da parte della Consulta si riallaccia prepotentemente al *topos* delle conseguenze giuridiche, e, in particolare, a quello delle conseguenze finanziarie<sup>387</sup>, tanto è vero che l'A.S. 1952 ha inteso valorizzare pienamente l'Ufficio Parlamentare di Bilancio, e ciò al fine di stimolare il Giudice delle leggi ad una consapevole gestione degli effetti nel tempo alla luce di esigenze di natura finanziaria.

L'obiettivo di rendere sempre più efficiente la gestione degli effetti nel tempo si accompagna alla proposta relativa all'introduzione, da un lato, di un utilizzo idoneo dei poteri istruttori<sup>388</sup>, in

---

<sup>385</sup> Ci si riferisce all'A.S. 1952, rubricato “Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale” e assegnato alle commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 5° (Bilancio) in sede referente l'8 luglio 2015. Per un'ampia disamina dell'A.S. in questione si veda C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2015. Si veda anche E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2016, 4.

<sup>386</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 337.

<sup>387</sup> Per una definizione si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 320.

<sup>388</sup> Un recente contributo sul tema dei poteri istruttori è offerto da Donati (2018, 179 ss).

modo tale da orientare le decisioni ad una previa consapevole conoscenza delle conseguenze economico-sociali, e, dall'altro, all'attuazione dell'istituto della *dissenting opinion*, in modo tale da arricchire e rendere maggiormente trasparente il dibattito sulle decisioni prese dal collegio giudicante.

Secondo chi scrive, il disegno di legge appena menzionato si distingue, quanto alla qualità delle modifiche ivi proposte, dal c.d. disegno di legge Vignali: quest'ultimo, più risalente nel tempo, proponeva parimenti di incidere sulla disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento non già proponendo di operare una modifica sul piano delle fonti primarie, bensì prevedendo di introdurre una modifica allo stesso art. 136 Cost., e ciò al fine di sottrarre al Giudice delle leggi un sindacato sulle leggi che potesse connotarsi in senso eccessivamente politico.

La proposta di legge costituzionale n. 22 presentata alla Camera dei Deputati il 15 marzo 2013, rubricata “Modifica dell'articolo 136 della Costituzione concernente gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme di legge o di atti aventi forza di legge”<sup>389</sup>, sembrava volere introdurre una sostanziale modifica della disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento e del ruolo della stessa Corte costituzionale, delegando addirittura *in toto* al legislatore la “gestione” dell'efficacia della dichiarazione dell'incostituzionalità<sup>390</sup>; conformemente alla *ratio* che sta alla base dell'intero disegno di legge, in quest'ultimo si ricorre all'utilizzo del termine “abrogazione” della norma dichiarata incostituzionale, in tal modo richiamando un'efficacia solamente *pro-futuro* dell'effetto susseguente alla dichiarazione di incostituzionalità<sup>391</sup>.

Ciò detto il disegno di legge in esame presenta un elemento interessante a fini comparativi, ovvero sia quello della determinazione della scissione tra il momento dichiarativo dell'incostituzionalità e quello in cui hanno luogo gli effetti della stessa declaratoria<sup>392</sup>; e infatti tale caratteristica trova un corrispettivo nelle decisioni di incompatibilità tedesche, le quali, come

---

<sup>389</sup> Cfr. [http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0000220.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0000220.pdf).

<sup>390</sup> Rileva quanto previsto dall'art. 1 della proposta di legge costituzionale, con riferimento alla “decisione con cui la Corte accoglie l'impugnazione di una norma di legge o di atto avente forza di legge”; “ove la decisione riguardi una legge dello Stato, il Governo, appena informato della dichiarazione di illegittimità costituzionale, prende l'iniziativa di proporre alle Camere una legge abrogativa o modificativa della legge dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dalle Assemblee. Il disegno di legge è esaminato dalle Camere con procedura d'urgenza.

Qualora tale disegno di legge non sia approvato entro il termine dei sei mesi successivi, elevato a nove mesi se trattasi di legge costituzionale, le stesse Assemblee legislative dichiarano cessata l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale”.

<sup>391</sup> Similmente a quanto accade, ad esempio, con riferimento all'esperienza del *Conseil Constitutionnel*, laddove, ai sensi dell'art. 62, comma secondo, della Costituzione, “una disposizione dichiarata incostituzionale in virtù dell'articolo 61-1 è abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del Consiglio costituzionale o dalla data successiva stabilita da tale decisione. Il Consiglio costituzionale determina le condizioni ed i limiti entro i quali gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere rimessi in discussione”.

<sup>392</sup> Sul tema specifico della distinzione tra il momento dichiarativo e quello costitutivo si veda Zagrebelsky (1988, 259).

si vedrà, operano, e ciò costituisce uno tra i tratti più distintivi delle stesse, una scissione tra la mera dichiarazione dell'incostituzionalità della norma e l'eliminazione di quest'ultima.

Si ricorda, inoltre, che l'ipotesi di introdurre in capo alla Corte costituzionale la possibilità di differire nel tempo gli effetti delle decisioni di accoglimento fu avanzata altresì in seno alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita dalla legge costituzionale n. 1/1997<sup>393</sup>.

Stando al progetto approvato il 30 giugno 1997, infatti, l'art. 136 Cost. avrebbe previsto che “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno dalla pubblicazione della decisione”<sup>394</sup>.

L'esigenza di posticipare nel tempo la cessazione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale risiede nella (comprensibile) opportunità “di ridurre gli effetti destabilizzanti che si possono determinare in relazione all'immediata applicabilità soprattutto degli effetti che comportino effetti finanziari [...]”<sup>395</sup>.

Come si è potuto vedere, non si è mai assistito all'approvazione di alcuna legge modificativa della disciplina relativa agli effetti delle decisioni di accoglimento nel tempo.

In definitiva, si potrebbe affermare che alla base di una rinuncia di qualsivoglia riforma della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità vi sia l'esigenza (nascosta) di “non irrigidire gli strumenti di intervento della Corte e di mantenere un sufficiente margine di flessibilità in relazione alla complessa attività di ponderazione fra valori costituzionali”<sup>396</sup>.

*3. Una Corte costituzionale che interviene e supera i “limiti tradizionali” della giustizia costituzionale...oltre la gestione delle regole procedurali del processo costituzionale.*

Quello che importa osservare sin da subito è che “il problema dei limiti alla retroattività è [...] un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza”<sup>397</sup>; e in effetti, il tema della manipolazione del dato temporale, soprattutto con riferimento agli ultimi episodi, sembra

---

<sup>393</sup> A. PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, cit., 2673).

<sup>394</sup> Similmente a quanto accade nel modello di giustizia costituzionale austriaca. Per uno studio sul *Verfassungsgerichtshof* austriaco, si veda B. CARAVITA, *Corte, giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi*, Cedam, Padova, 1985.

<sup>395</sup> Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 363.

<sup>396</sup> Così si è espressa l'attenta dottrina di M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 363.

<sup>397</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit., 44.

risolversi in una questione di bilanciamento sempre nell'ottica di una problematica di ampio respiro - denominata, come noto, "di diritto costituzionale"<sup>398</sup>.

Tale problematica ha condotto la Corte costituzionale a cercare una soluzione nella "disinvolta e rivendicata gestione delle regole processuali [...]"<sup>399</sup>. Potrebbe trattarsi, forse, di una possibile *culpa felix*<sup>400</sup> della Consulta, foriera di quel fenomeno di "laicizzazione" paventato dalla dottrina con riferimento ad un Giudice delle leggi eccessivamente interventista<sup>401</sup>.

Alla luce di quanto scritto, si possono svolgere due considerazioni rispetto al recente ruolo che il Custode delle leggi ha assunto (o sta assumendo) nell'ambito della forma di governo, venendosi così a delineare un nuovo orizzonte della giustizia costituzionale, non composto solamente da una rivendicata gestione degli effetti del processo costituzionale, ma contraddistinto (più in generale) da una forma di attivismo della Corte costituzionale.

I segni di questa "nuova stagione" sarebbero molti: quelli che interessano nel presente lavoro sono, in primo luogo, le novità in tema di effetti nel tempo delle decisioni, tra le quali vengono richiamate la sent. n. 10 del 2015 e l'ord. n. 207 del 2018 ("laddove il rinvio della decisione definitiva è, peraltro, soprattutto un modo per affrontare il nodo dell'assenza di rime obbligate e della discrezionalità legislativa nel bilanciare una pluralità di istanze di rilievo costituzionale")<sup>402</sup>.

Infatti a partire dal 2015 la dottrina ha fatto riferimento ad una probabile "nuova stagione di sentenze di illegittimità *pro futuro*"<sup>403</sup>, la quale avrebbe forse determinato "una trasformazione del principio generale dell'efficacia delle sentenze di accoglimento", con ciò conducendo ad una innovativa e critica "stabilizzazione in regola dell'eccezione della sentenza 10/2015"<sup>404</sup>.

Se è vero che la sentenza in discorso ha rappresentato e continua a rappresentare un *novum* giurisprudenziale, è altrettanto vero che il Giudice delle leggi non ha successivamente adottato decisioni che si inserissero nel tracciato segnato dalla "rivoluzionaria" sent. n. 10 del 2015.

---

<sup>398</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit., 39 e ss. Similmente anche G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali*, cit., 65.

<sup>399</sup> G. BATTAGLIA, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 215.

<sup>400</sup> Così la dottrina di Silvestri, in tema di superamento da parte della Corte costituzionale degli argini tradizionali in cui si muoveva inizialmente la stessa: cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi, in Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, 77.

<sup>401</sup> Sul punto si veda M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 61.

<sup>402</sup> Così M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 11, nota 42.

<sup>403</sup> Cfr. S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "senz'aterra"*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, 240. L'Autore ritiene e spera (come in seguito di fatto è avvenuto) che la sent. n. 10 del 2015 "sia [...] frutto di valutazioni collegate allo (e condizionate dallo specifico caso concreto all'esame della Corte). Interessante rilevare che, allo stato attuale, la maggioranza della dottrina spera, allo stesso modo, che l'ordinanza "Cappato" rappresenti un caso isolato. In effetti, le peculiarità del caso potrebbero far propendere per una pronuncia isolata, in alcun modo idonea a rappresentare un modello decisionale.

<sup>404</sup> V. MANZETTI, *La tutela dei Dritti sociali nello "Stato delle crisi"*, cit., 17.

Eppure, sicuramente, si è assistito in via pretoria ad una modifica “genetica” del nesso di pregiudizialità tra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale, e questo al di là, come noto, di qualsivoglia positivizzazione in seno all’ordinamento giuridico.

Al tempo stesso si è assistito - soprattutto nella materia penale - al tentativo di porre in essere una nuova “sfida” in seno alla giustizia costituzionale, cioè a dire di quella di una nuova forma di concretizzazione della Costituzione, fondata su una (auspicata) “nuova forma di collaborazione”<sup>405</sup> con il legislatore<sup>406</sup>.

E tuttavia pare del tutto evidente che il legislatore abbia stabilito di non porre in essere quella forma di “rimozione congiunta” richiesta dalla Corte costituzionale, improntata, forse, all’esigenza di “dare una miglior tutela ai diritti e alle libertà fondamentali [...]”<sup>407</sup>.

A tal proposito non può essere sottaciuto l’interesse che suscita la Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 del Presidente della Corte costituzionale Lattanzi, ove si registra un *trend* non trascurabile.

La Consulta, coerentemente con il *decisum* dell’ord. n. 207 del 2018<sup>408</sup>, ha diminuito l’utilizzo delle sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa, entrando quindi, evidentemente, a seguito di un bilanciamento tra principi e valori (e, forse, di regole?) nel merito della questione di legittimità costituzionale al fine di non lasciare<sup>409</sup> sguarnite le garanzie costituzionali e, al tempo stesso, al fine di salvaguardare la discrezionalità del legislatore<sup>410</sup>.

La Consulta, in occasione della nota ordinanza Cappato, ha (senza successo) teso “ancora la mano al legislatore, impegnandosi in un ultimo, estremo tentativo di ottenere la sua collaborazione, sul presupposto che, in mancanza, dovrà provvedere essa stessa a rimuovere

---

<sup>405</sup> Si pensi al termine individuato dalla Consulta con riferimento all’ord. n. 207 del 2018. Eppure, in altre occasioni il Giudice delle leggi ha inteso costruire un dialogo con il legislatore “alla tedesca”: ci si riferisce, nello specifico, alla risalente sentenza meccanismo n. 243 del 1993 e alla più recente sentenza additiva n. 466 del 2002, in occasione della quale la Corte costituzionale ha disposto, ancora una volta, un termine nei confronti del legislatore, peraltro manipolando il requisito della rilevanza (cfr. P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l’indefinito*, in *Giur.cost.*, 2002, 3899) similmente a quanto accaduto con riferimento alla sent. n. 10 del 2015, che si analizzerà sinteticamente al paragrafo n. 5.

<sup>406</sup> Sul punto, si vedano le numerose relazioni tenute in occasione del Seminario “Dopo l’ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?” svoltosi a Bologna il 27 maggio 2019, che hanno posto in evidenza alcune significative criticità sottese all’ordinanza in discorso: cfr. E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in corso di pubbl. sul *Forum di Quad. cost.*; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l’ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l’ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019. Si veda, ancora, J. LUTHER, *Corte “incappata”?* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019 e F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

<sup>407</sup> Cfr. G. SALVADORI, *Sull’ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 228.

<sup>408</sup> Qualificata nel senso di un monito. Si veda lo studio pubblicato dal Servizio studi della Corte costituzionale *“Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspic, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2019*, 2019.

<sup>409</sup> A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2010, 5.

<sup>410</sup> Contra G. CAMPANELLI, *Sull’ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 218, secondo il quale la Corte starebbe spostando l’attenzione “sul o sui casi concreti, ma con l’effetto volutamente opposto di evitare di pronunciarsi, almeno temporaneamente sugli stessi”.



l'incompatibilità con la Costituzione, pure a fronte di ampi spazi di discrezionalità legislativa"<sup>411</sup>. Peraltro, la tecnica decisionale utilizzata dal Giudice delle leggi potrebbe rappresentare, secondo parte della dottrina, un possibile modello per fare fronte alle decisioni da adottare nel campo della bioetica, ove sembrerebbe arduo per la Corte rimanere *aderente alle "regole processuali"*<sup>412</sup>.

Ancora, *mutatis mutandis*, non si può non considerare la recente tendenza della Corte costituzionale a spingersi talvolta oltre alcune zone limite della giustizia costituzionale<sup>413</sup>.

Ne sono conferma recentissime pronunce in occasione delle quali la Consulta, andando oltre le "strette" di cui all'art. 25 Cost., ha deciso "di decidere" nel rispetto delle scelte politiche del legislatore<sup>414</sup>, alla luce dell'esigenza di "riparare in tempi certi ad una violazione dei principi costituzionali sostanziata nella maniera più insidiosa, vale a dire tramite l'incriminazione penale"<sup>415</sup>.

Si consideri, innanzitutto, il recente orientamento volto al superamento del rispetto delle "rime obbligate" inaugurato da una Corte costituzionale che si è recentemente trovata al bivio tra la prospettiva "tradizionale" e la prospettiva "innovativa" volta a incrementare i margini di discrezionalità<sup>416</sup>.

Ad esempio, in occasione della notissima sent. cost. n. 236 del 2016<sup>417</sup> in tema di proporzionalità della pena, classificata (a ragione) nel senso di una decisione che ha fortemente valorizzato il principio di proporzione<sup>418</sup>, il Giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, comma secondo, c.p., nella parte in cui prevede un trattamento sanzionatorio irragionevolmente eccessivo e sproporzionato, anche in riferimento alle altre fattispecie delittuose contenute nel Libro II, Titolo XI, Capo III, del codice penale.

In questo caso, nonostante il Giudice delle leggi abbia affermato che "non appartengono a questa Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, risultando, queste, tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, chiamata attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto di una lesione a un determinato bene giuridico", ha dichiarato anche che "al tempo stesso, tuttavia, laddove

---

<sup>411</sup> L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 222.

<sup>412</sup> G. BATTAGLIA, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 216.

<sup>413</sup> Cfr. sul punto A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), it.

<sup>414</sup> Si veda in questo senso L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 221.

<sup>415</sup> G. SALVADORI, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 228.

<sup>416</sup> Sul punto si veda lo scritto di R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettive una terza via*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2019, 141.

<sup>417</sup> Per un commento alla pronuncia si veda F. VIGANO', *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [www.diritto penale contemporaneo.it](http://www.diritto penale contemporaneo.it), 2016.

<sup>418</sup> Così D. PULITANO', *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista Trimestrale, 2017, 51.

emergano sintomi di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un trattamento sanzionatorio, e l'intervento della Corte costituzionale sia invocato, a fini di giustizia, dai giudici *a quibus*, questo è possibile, al ricorrere di determinate condizioni", così mostrando il proprio potere di sindacare l'entità delle pene<sup>419</sup>.

Secondo il Giudice delle leggi, tuttavia, la valutazione della Corte stessa, innanzitutto, deve essere condotta "attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo"<sup>420</sup>. Come affermato dal giudice Lattanzi, tale approdo è stato rivisitato nonché ulteriormente sviluppato, dal momento che tali punti di riferimento, se privi di qualsivoglia vizio di legittimità costituzionale, possono costituire - "ancorché non costituzionalmente obbligate"<sup>421</sup> il fondamento di un intervento nel merito della questione.

E tale intervento, si badi bene, non si inserisce nello spazio discrezionale di cui è titolare il legislatore.

In occasione della innovativa sent. n. 222 del 2018<sup>422</sup> in materia di pene fisse, la Consulta ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 216 l. fall. (bancarotta fraudolenta) nella parte in cui dispone: "la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa", anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni". In quell'occasione il Giudice delle leggi ha precisato di ritenere necessaria una rivisitazione del rapporto con la discrezionalità del legislatore e, al tempo stesso, con la tutela dei diritti e dei principi fondamentali "incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima"<sup>423</sup>, restando peraltro ferma la possibilità "per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali"<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> La Corte costituzionale modifica in bonam partem a cornice edittale del delitto di alterazione di stato del neonato. Per un commento alla sentenza si veda M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 18-19.

<sup>420</sup> Già con riferimento alle sentt. nn. 229 del 2015 e 56 del 2016 il Giudice delle leggi aveva adottato decisioni "apparentemente contenute e rispettose della discrezionalità legislativa". In questo senso ancora M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 19.

<sup>421</sup> Sul punto si veda L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 222.

<sup>422</sup> Per un commento alla pronuncia si veda S. FINOCCHIARO, *Le sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2019.

<sup>423</sup> Cfr. Cons. in dir. 8.1.

<sup>424</sup> Cfr. Cons. in dir. 8.1.

Lo schema di base ricalca quindi anche quello dell'ord. n. 207 del 2018: tutela dei diritti fondamentali *versus* riferimento alla categoria “classica” della discrezionalità del legislatore, tutelata per il tramite delle sentenze di inammissibilità o infondatezza per discrezionalità legislativa.

Ancora, similmente, in occasione della sent. n. 233 del 2018, il Giudice delle leggi, nell'adottare una sentenza di rigetto, ha affermato che “(...) non appartengono a questa Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, di esclusiva pertinenza del legislatore. Spetta, infatti, alla rappresentanza politica il compito di individuare il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto della lesione di un determinato bene giuridico. Ciò, tuttavia, non preclude, a monte, l'intervento di questa Corte laddove le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che, per la omogeneità che le connota rispetto alla norma censurata, siano tali da ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze (sentenza n. 236 del 2016)”<sup>425</sup>.

Ancora, la Corte costituzionale ha aperto la propria giurisprudenza all'efficacia in *malam partem* delle sentenze incidenti su norme processuali in occasione della sent. n. 236 del 2018, ove si legge che “la giurisprudenza di questa Corte, ribadita anche recentemente (sentenza n. 143 del 2018), ammette, in particolari situazioni, interventi con possibili effetti in *malam partem* in materia penale (sentenze n. 32 e n. 5 del 2014, n. 28 del 2010, n. 394 del 2006), pur precisando che «[r]esta impregiudicata ogni ulteriore considerazione [...] circa l'ampiezza e i limiti» di tali interventi”<sup>426</sup>.

Il principio della riserva di legge in materia penale “rimette al legislatore [...] la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare» (sentenza n. 5 del 2014), «ma non [...] preclude decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo» (sentenza n. 394 del 2006). In tal caso – ha precisato la Corte in quest'ultima pronuncia – «l'effetto in *malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria».

---

<sup>425</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to.3.1.

<sup>426</sup> Cons. in dir. p.to. 6.2.

A maggior ragione l'effetto in *malam partem* per l'imputato (o indagato) derivante dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale, deve ritenersi ammissibile allorché si configuri come una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale<sup>427</sup>.

Inoltre il Giudice delle leggi ha stabilito, a “costo di decidere”, che dalla sua pronuncia sarebbero verosimilmente derivate eventuali forme di disparità di trattamento (cfr. sent. n. 149 del 2018). Non si può non ricordare, infine, la recente sentenza n. 20 del 2019, in occasione della quale il Giudice costituzionale ha affermato che spetta all'apprezzamento discrezionale del legislatore “ridisegnare, tramite pronunce manipolative, il complessivo panorama, necessariamente diversificato, dei destinatari degli obblighi di trasparenza e delle modalità con le quali tali obblighi debbano essere attuati”<sup>428</sup>; e tuttavia, come ha avuto modo di affermare la dottrina, “la salvaguardia di un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione di legge censurata impone alla Corte di individuare almeno tra quelle previste dalla norma impugnata le categorie di incarichi dirigenziali che, per la natura delle loro funzioni e della loro posizione, possono ritenersi *pacificamente* soggette a obblighi di trasparenza analoghi a quelli degli organi di decisione politica. Categorie, queste, che la Corte ritiene di riscontrare nelle figure dirigenziali indicate dall'art. 19, cc. 3 e 4 d.lgs. n. 165/2001”<sup>429</sup>.

Un'attenta dottrina ha inoltre posto in evidenza il carattere monitorio della pronuncia in questione, al fine di “prevedere eventualmente, per gli stessi titolari degli incarichi dirigenziali indicati dall'art. 19, commi 3 e 4, modalità meno pervasive di pubblicazione, rispetto a quelle attualmente contemplate dal d.lgs. n. 33 del 2013” e al fine di “soddisfare analoghe esigenze di trasparenza in relazione ad altre tipologie di incarico dirigenziale, in relazione a tutte le pubbliche amministrazioni, anche non statali”.

Le tendenze appena poste in evidenza, le quali, forse, disegnano un possibile nuovo orizzonte della giustizia costituzionale (e che già da qualche anno stava iniziando a delinearsi), talvolta si intrecciano e forse rendono manifesta la necessità di ridefinire la disciplina del processo costituzionale<sup>430</sup>, tenendo in debita considerazione il fatto che l'abuso o l'uso “delle regole processuali compiuto in tal caso dalla Corte dipende in gran parte dalla diversità degli assunti di partenza circa l'idea di giustizia costituzionale nel nostro ordinamento”<sup>431</sup>, e che, peraltro, è

---

<sup>427</sup> Cons. in dir. p.to. 8.

<sup>428</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to. 6.

<sup>429</sup> F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della P.A: il legislatore non trascuri il “riuso” delle fonti pubbliche*, in [www.medialaws.it](http://www.medialaws.it), 2019.

<sup>430</sup> Cfr. L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 220.

<sup>431</sup> Sul punto si veda L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 222.

innegabile che la Consulta svolga un ruolo fondamentale nella determinazione della disciplina vivente del processo costituzionale<sup>432</sup>, per la sopravvivenza del quale risulta del tutto necessaria una forte collaborazione con il legislatore.

Un'ultima considerazione.

Rispetto ai “nuovi orizzonti” del processo costituzionale non può non considerarsi la recente ordinanza mediante la quale il Giudice delle leggi ha disposto, contestualmente alla sentenza n. 197 - con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge siciliana n. 8/2018 che avevano prescritto alla propria Ragioneria di iscrivere nelle “entrate” del bilancio alcuni cespiti non sorretti da un idoneo titolo giuridico<sup>433</sup> - la richiesta alla Regione Sicilia e al Governo di “una serie di dati per verificare il rispetto dell'articolo 20 del decreto 118/2011 là dove prevede un'indicazione analitica dei flussi finanziari destinati ad assicurare l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria (LEA)”<sup>434</sup>.

E in effetti, come si vedrà, l'attivazione di poteri istruttori formali come presupposto per la legittimazione della limitazione degli effetti temporali dell'annullamento sembra costituire un nodo problematico non irrilevante con riferimento alla modulazione degli effetti nel tempo<sup>435</sup> e, in particolar modo, con riferimento alle conseguenze “finanziarie”.

#### *4. La forma delle tecniche decisorie con cui il Giudice delle leggi manipola gli effetti della declaratoria di incostituzionalità “verso il passato”*

Con riferimento all'arco temporale corrispondente al passato, il Giudice delle leggi, moderatore dei conflitti sociali<sup>436</sup>, opera da tempo - secondo una modalità implicita e non dichiarata<sup>437</sup> (ad eccezione di un unico caso<sup>438</sup>) - un progressivo allontanamento dal quadro normativo di riferimento adottando tecniche “dirette a sottrarre al raggio d'azione della sentenza di accoglimento rapporti sorti anteriormente alla pronuncia della Corte e non ancora esauriti”<sup>439</sup>.

---

<sup>432</sup> Si veda sul punto E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 334.

<sup>433</sup> Cfr. [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20190724145455.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190724145455.pdf).

<sup>434</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20190724145455.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190724145455.pdf).

<sup>435</sup> M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 33.

<sup>436</sup> Cfr. in questo senso F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Scritti sulla giustizia costituzionale, Padova, 1985, 580, il quale riprende, come sottolineato da Pinardi quanto affermato da L. Elia, *Relazioni di sintesi*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 168.

<sup>437</sup> Così E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *giur.cost.*, 2015, 80.

<sup>438</sup> Si tratta della notissima sent. n. 10 del 2015.

<sup>439</sup> In questo senso G. Amoroso-G. Pardodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., 426.

In via generalissima pare opportuno evidenziare che la giurisprudenza temporalmente manipolativa “verso il passato”, la quale corrisponde ad una macro-categoria entro la quale possono essere accorpate le tecniche preposte, nello specifico, a realizzare l’accoglimento della questione e riducendo al tempo stesso l’impatto demolitorio provocato dalla declaratoria di incostituzionalità<sup>440</sup>, crea, di fatto, una significativa tensione con i giudici, potendo presentare infatti rilevanti criticità con riferimento alla salvaguardia dell’incidentalità del sistema.

Occorre distinguere, come efficacemente rilevato da autorevole dottrina, tra due tipologie decisionali che interessano - precisamente - la porzione temporale appartenente al passato: le sentenze di incostituzionalità sopravvenuta<sup>441</sup> e quelle che invece limitano l’efficacia retroattiva sulla base di esigenze di ordine costituzionale<sup>442</sup>, suscettibili di rientrare in quelle pronunce per mezzo delle quali il Giudice delle leggi utilizza l’*escamotage*<sup>443</sup> dell’incostituzionalità di tipo differito, in tal modo rendendosi peraltro difficile l’individuazione del momento esatto del *dies a quo*<sup>444</sup>.

Le due tipologie decisionali sono accomunate, tuttavia, da una premessa comune di ordine teorico: quella di “interpretare *diacronicamente* le disposizioni legislative che vengono sottoposte al vaglio dei giudici della Consulta”<sup>445</sup>.

Nel presente capitolo ci si dedicherà, più precisamente, alle decisioni di incostituzionalità sopravvenuta in senso “lato”<sup>446</sup> (denominate anche di incostituzionalità impropria o differita)<sup>447</sup> le quali sono contraddistinte da un’ampia discrezionalità in capo alla Consulta, che individua un termine a partire dal quale la disposizione impugnata deve ritenersi incostituzionale, e ciò al fine

---

<sup>440</sup> Così R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 461.

<sup>441</sup> Si si riferisce all’esigenza di evitare che “gli effetti caducatori della decisione retroagiscano oltre il momento in cui è sopravvenuta l’incostituzionalità, quando questa non appaia originaria”. Cfr. G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 425. Secondo Saja, La circostanza per cui le sentenze di accoglimento sono dotate di un’efficacia retroattiva, sempre e comunque, è messa in discussione dell’esistenza delle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta. Così F. SAJA, *L’efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 1295.

<sup>442</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, cit., 209. Sul punto si veda anche R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 441.

<sup>443</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 343. Sul punto di veda anche G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 429. Similmente D’Amico: “Il ricorso all’illegittimità sopravvenuta serve, in alcuni casi, come giustificazione di una decisione overruling”. Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 107.

<sup>444</sup> Occorre considerare, peraltro, che l’individuazione del momento a partire dal quale estrinseca i propri effetti l’illegittimità costituzionale non consiste in un’operazione facile nemmeno con riferimento all’incostituzionalità sopravvenuta in senso proprio. Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 428.

<sup>445</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 61.

<sup>446</sup> Cfr. R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore, cit. Si conforma a tale distinzione anche la dottrina di E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 142.

<sup>447</sup> A. PARODI, *Commento all’art. 136 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 2666.



di evitare la compressione tra principi costituzionali<sup>448</sup> o al fine di rispettare specifiche esigenze costituzionali<sup>449</sup>.

Occorre premettere che parte della dottrina distingue le sentenze di incostituzionalità in senso lato da quelle di natura differita: solamente in quest'ultimo caso, la formula “dal momento in cui” assumerebbe natura manipolatoria<sup>450</sup>. Le prime, più nello specifico, sarebbero contraddistinte dal fatto che il vizio della legge si determina in un momento successivo rispetto all'entrata in vigore della legge, “spesso in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali”<sup>451</sup> conseguente alla sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale in ragione di accadimenti di natura puntuale<sup>452</sup> o al graduale decorso del tempo.

Tanto premesso, la sentenza di incostituzionalità sopravvenuta rappresenta una “fisiologica” deroga alla disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>453</sup>: pertanto, il differimento dell'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità si fonda su un preciso momento a partire dal quale la normativa posta al vaglio della Corte costituzionale è divenuta incostituzionale.

La Consulta non manipola infatti in alcun modo gli effetti nel tempo<sup>454</sup>, non rilevando la discrezionalità della Consulta quanto all'identificazione del *dies a quo*, atteso che essa è (meramente) chiamata a fare discendere la cessazione di efficacia della norma incostituzionale a partire da un momento (preciso) facilmente identificabile<sup>455</sup>.

Talvolta, tuttavia, non è risultato semplice riconoscere i casi di incostituzionalità sopravvenuta in ragione della “delicatezza e la complessità del problema [...]” il quale “esige soluzioni profondamente meditate ed adeguate alla molteplicità delle esigenze pratiche”<sup>456</sup>: di qui la *summa divisio* tra sentenze di incostituzionalità sopravvenuta in senso “classico” e in senso lato.

---

<sup>448</sup> Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 142. Cfr. nello specifico, rispetto ai tratti distintivi delle sentenze di incostituzionalità differita R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 62-70.

<sup>449</sup> Cfr. S. CATALANO, *La valutazione della rilevanza della questione*, cit., 388, il quale divide le sentenze che annullano la legge per incostituzionalità sopravvenuta e quelle che pongono a fondamento della limitazione dell'effetto retroattivo “esigenze costituzionali di ordine generale”.

<sup>450</sup> In questo senso A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 210.

<sup>451</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 210.

<sup>452</sup> Si vedano, ad esempio, le decisioni intervenute in materia di spesa a cavallo tra gli anni ottanta e gli anni novanta: 119/1981, 398/1989, 448/1991, 416/1992, 485/1992. Ancora, si considerino le pronunce adottate in ragione di un mutamento di natura economico-finanziario (89/1992).

<sup>453</sup> Cfr. ad esempio le sentt. nn. 71, 72, 80, 105 del 1996 e la sent. n. 78 del 1997. Nello stesso senso si esprime la dottrina di Caredda, secondo la quale “l'incostituzionalità sopravvenuta rappresenta, insomma, l'espressione della dimensione diacronica dell'incostituzionalità, e non un intervento temporalmente manipolativo”. Così M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2014.

Tale tesi è confermata da R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 463.

<sup>454</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 456.

<sup>455</sup> Dovute ad un mutamento del parametro o quando cambia la norma interposta o quando si assiste alla sopravvenienza del vincolo di interposizione. Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 210.

<sup>456</sup> F. SAJA, *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 1296. In questo senso è del tutto sintomatica la difficoltà classificatoria che ha incontrato la sent. n. 124 del 1991. Similmente Pinardi, secondo il quale il sintagma

Tale categoria decisionale suscita interesse nel presente lavoro non tanto in quanto essa è stata utilizzata al fine di impedire la retrodatazione degli effetti caducatori della sentenza “oltre il momento in cui è sopravvenuta l’incostituzionalità, quando essa non appaia originaria”<sup>457</sup>, ma soprattutto in quanto è servita alla Consulta ad “occultare” l’intervento sul dato temporale degli effetti delle proprie decisioni<sup>458</sup> in quelle occasioni in cui, di fatto, l’illegittimità costituzionale è stata oggetto di un differimento. Secondo autorevole dottrina, l’eccessivo utilizzo della tipologia decisionale in questione potrebbe “diventare un *pas de partout* improprio, dai confini nebulosi usato per ‘governare’ in tutti i casi in cui appaia opportuno gli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità, in pieno contrasto con l’effetto *ope legis* previsto dall’ordinamento, nonché incompatibili con i caratteri di una funzione che, almeno dal punto di vista delle forme, viene unanimemente considerata giurisdizionale”<sup>459</sup>, tanto è vero che la Corte costituzionale ha avvertito il rischio sotteso all’eccessiva dilatazione del meccanismo di incidentalità del processo costituzionale conseguente all’utilizzo delle sentenze di incostituzionalità datate<sup>460</sup>.

Il primo esempio (inconsapevole) di sentenze di incostituzionalità sopravvenuta è la sent. n. 137 del 1989<sup>461</sup>, in tema di disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

##### *5. Le ragioni poste alla base della manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento con riferimento al passato*

Tanto chiarito, sulla base di una panoramica delle più rilevanti decisioni con cui la Corte costituzionale ha forzato il quadro normativo di riferimento, si cercherà, senza alcuna pretesa di risultare esaustivi, di individuare le possibili *rationes* che hanno condotto il Giudice delle leggi ad agire *contra* o *praeter legem*<sup>462</sup>, così mostrando come l’efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento non costituisca, allo stato dell’arte, una solida regola processuale.

---

“incostituzionalità sopravvenuta” viene spesso utilizzato anche per qualificare le sentenze di incostituzionalità differita. Eppure, l’unico profilo che i due strumenti decisionali possiedono in comune è quello relativo all’effettiva dichiarazione della sopravvenuta illegittimità costituzionale. Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 61-62.

<sup>457</sup> Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 425.

<sup>458</sup> In questo senso G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 425.

<sup>459</sup> In questo senso si veda G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali*, cit., 220.

<sup>460</sup> Sul punto si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 297.

<sup>461</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 389.

<sup>462</sup> Come accaduto, peraltro non solo con riferimento all’esperienza tedesca, ma anche con riferimento all’esperienza spagnola. Il Tribunale costituzionale infatti si è “ritagliato il proprio spazio *praeter legem*”. Anzi, forse, addirittura, *contra legem*. Così V. DI PASQUA, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità: Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2015, 14, il quale prende le mosse dall’interessante “neutralità” del testo costituzionale spagnolo.

Si possono registrare<sup>463</sup>:

a) l'esigenza di salvaguardare, in linea generalissima, il principio di continuità, il quale è stato definito un principio da preservare<sup>464</sup>, rientrante, di fatto, tra quei "principi, interessi e situazioni giuridiche dotate di copertura costituzionale"<sup>465</sup>.

Nello specifico, ci si può riferire all'esigenza di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici, nella forma della tutela di funzioni pubbliche essenziali<sup>466</sup> e in quella della necessità di escludere di "arrecare gravi pregiudizi al buon andamento della funzione giudiziaria o amministrativa"<sup>467</sup>.

b) l'esigenza di precludere la formazione di gravi lesioni del bilancio pubblico<sup>468</sup>, o nuovi o maggiori oneri finanziari per lo Stato o per gli enti pubblici<sup>469</sup>. Si noti che il principio in questione è stato definito un valore costituzionale<sup>470</sup> di ordine generale<sup>471</sup>.

In questo senso del tutto significativa è la pronuncia in occasione della quale la Consulta ha affermato che "il principio dell'equilibrio di bilancio finanziario deve costituire un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali in gioco"<sup>472</sup>; ancora, la Consulta ha affermato nella pronuncia n. 119 del 1991, che le esigenze dei fruitori delle prestazioni non possono prescindere dalla razionale considerazione della concreta e attuale disponibilità da parte dello Stato delle risorse finanziarie e dei mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa.

---

<sup>463</sup> In questo senso anche E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 140, i quali evidenziano che alla base della modulazione degli effetti nel tempo si pone l'esigenza da parte della Corte di evitare alcuni specifici ostacoli politici, quali, nello specifico, il prodursi di situazioni di maggiore incostituzionalità o il determinarsi di "rilevanti conseguenze economico-sociali o l'azzeramento di tutta quanta l'attività processuale svolta in un determinato settore nel corso di un ampio periodo di tempo da parte di tutti i giudici italiani". La dottrina di Careda ha evidenziato che la necessità di contenere nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità si realizza quando: "a) quando le conseguenze di essa possono creare problemi in ordine all'equilibrio finanziario dello Stato; b) quando verrebbe travolta l'attribuzione di diritti percepiti come ormai acquisiti; c) quando le conseguenze di essa produrrebbero un vulnus per il funzionamento di organi costituzionali; d) quando essa lascerebbe dei vuoti normativi considerati intollerabili; e) nelle ipotesi in cui per effetto di essa si ponessero problemi seri per la buona amministrazione della giustizia; f) nei casi in cui alla dichiarazione di "costituzionalità provvisoria" seguisse poi una sentenza di accoglimento che, però, non intendesse porre nel nulla quanto verificatosi quando la norma era (ancora) costituzionalmente "accettabile". Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabil. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 2014. Similmente F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 291 ss.

<sup>464</sup> G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., 105.

<sup>465</sup> Si veda E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 426.

<sup>466</sup> In questo senso si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 468.

<sup>467</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo*, cit., 291. Si consideri anche quanto affermato da G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 427, a proposito dell'invalidazione degli atti processuali quale conseguenza indesiderata derivante dall'efficacia retroattiva della decisione.

<sup>468</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale*, cit., 138 e ss. La dottrina ha recentemente ragionato sul rapporto tra diritto costituzionale e crisi economica quale possibile rapporto idoneo a giustificare un "ulteriore tassello in un mosaico di deroghe". Così S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "senz'aterra"*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2015, 238 ss.

<sup>469</sup> Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 425.

<sup>470</sup> Cfr. Sent. cost. n. 260/1990, punto 3 del Cons. in diritto e, quanto alla dottrina, si veda F. Saitto, *"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali*, cit., 14-15, il quale richiama a sua volta C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, CEDAM, 1996, p. 86 ss.

<sup>471</sup> Cfr. ONIDA, ZAGREBELSKY, CONSO in quel libro.

<sup>472</sup> Cfr. sent. n. 260 del 1990, Cons in dir. p.to 3.

In generale autorevole dottrina ha affermato che alla base della limitazione dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità si collocano tre principi.

In primo luogo, l'irretroattività delle leggi penali; in secondo luogo, la copertura delle leggi di spesa, e, infine, il principio della certezza del diritto<sup>473</sup>.

Nessuno dei tre principi appena delineati, tuttavia, sarebbe stato idoneo a costituire una fonte di legittimazione per la limitazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento.

Il riferimento all'art. 25 cpv. Cost. “quale fonte di un altro limite alla retroattività delle decisioni di incostituzionalità penale in *malam partem* [...]” non sarebbe pertinente atteso che l'adozione “di sentenze penali in *malam partem* è esclusa in generale, per il passato come per il futuro, perché la Corte considera compito esclusivo del legislatore l'introduzione di nuovi reati e l'aggravamento delle pene”<sup>474</sup>.

Inoltre, anche il principio della copertura delle leggi di spesa non varrebbe a limitare nel tempo l'efficacia retroattiva: in questo senso milita la possibilità, avanzata da Zagrebelsky, di procedere “ad un intervento perequativo anche retroattivo” che però non comporti oneri finanziari<sup>475</sup>.

La scelta in questione, in realtà, spetta all'organo legislativo nell'esercizio della sua discrezionalità.

Infine, non sarebbe nemmeno possibile fare discendere la limitazione dell'efficacia retroattiva dall'applicazione del principio della certezza del diritto, atteso che “ad esso non è mai stato riconosciuto un posto costituzionalmente preminente, come si ricava dalla giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività delle leggi”. Continua Zagrebelsky affermando che “lo sconvolgimento che deriva dall'eliminazione delle leggi incostituzionali è uno sconvolgimento, oltre che salutare e dunque da difendere, espressamente previsto come mezzo al fine della tutela delle posizioni soggettive concrete alle quali la giustizia costituzionale è geneticamente collegata”<sup>476</sup>.

In altre parole, si tratterebbe di una “clausola limitativa che, nella sua indeterminatezza, aprirebbe la strada alla più ampia libertà di manipolazione degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità, in preciso contrasto con l'esigenza fondamentale di automaticità che ne domina la disciplina”<sup>477</sup>.

---

<sup>473</sup> Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 215.

<sup>474</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 215.

<sup>475</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 217.

<sup>476</sup> Sul punto si veda sempre G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 217.

<sup>477</sup> Cfr. ancora una volta G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 218.

E' pur vero che la categoria della certezza del diritto non rappresenta un *topos* preciso e facilmente definibile; tuttavia, l'Autore mette in evidenza due ulteriori principi che potrebbero fungere da clausole "limitative" dell'efficacia retroattiva e che, tuttavia, si caratterizzano per un forte grado di "elasticità".

Si tratta, nello specifico, del principio della continuità delle funzioni costituzionali e del principio (a dire il vero, particolarmente suggestivo) "dell'inimmaginabilità di decisioni costituzionali capaci di produrre conseguenze incostituzionali, da cui deriva il divieto di pronunciare sentenze in violazione della costituzione o aventi la conseguenza di aggravare l'incostituzionalità preesistente"<sup>478</sup>.

Ancora, in linea del tutto generale talvolta la datazione degli effetti dell'accoglimento ha trovato giustificazione "non proprio nella natura del vizio riscontrato, ma dalla considerazione delle conseguenze 'rovinose' che una retroattività 'piena' avrebbe prodotto"<sup>479</sup>: non è un caso che proprio con riferimento alla problematica connaturata con il costo dell'incostituzionalità pregressa la Corte costituzionale ha adottato "approcci e strategie" specifiche<sup>480</sup>; non è un caso che la dottrina abbia fatto riferimento a preoccupazioni di ordine pragmatico<sup>481</sup> (le quali caratterizzano ampiamente anche la giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca), e al fatto che, realisticamente, il Giudice delle leggi non possa disinteressarsi "del tutto dell'impatto finanziario del proprio operato"<sup>482</sup>.

Con riferimento alla relazione intercorrente tra a) e b) non pare irrilevante evidenziare il fatto che talvolta la prevalenza di uno dei due *topoi* determina la compressione dell'altro: si consideri la vicenda che ha riguardato la sent. n. 10 del 2015, in occasione della quale, come affermato dalla dottrina, la prevalenza accordata all'art. 81 Cost. ha fortemente inciso sulla categoria della certezza del diritto<sup>483</sup>.

Le ragioni poco sopra evidenziate, le quali rappresentano, di fatto, veri e propri *topoi* applicativi della modulazione degli effetti nel tempo, per potere godere di una forma ampia di legittimazione dovrebbero rientrare nel novero delle c.d. esigenze di natura costituzionale: in altri termini, la garanzia della legalità che il Giudice delle leggi è chiamato ad assicurare "ha

---

<sup>478</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità, possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., 218.

<sup>479</sup> Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 251.

<sup>480</sup> Si veda in questo senso L. SICA, *Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016, 11.

<sup>481</sup> Sul punto si veda R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in (a cura di R. ROMBOLI), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 188 e ss.

<sup>482</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, cit., 355.

<sup>483</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale* (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015, cit.

certamente una connotazione sistematica, ma in un significato ben preciso: essa deve sostanziarsi, infatti, in una tutela *nel* sistema e non *del* sistema *tout court*<sup>484</sup>.

In questo senso non si può non considerare quanto sostenuto, ancora una volta, da Zagrebelsky, secondo il quale vi sono ragioni giuridiche poste alla base dell'interessamento da parte della Corte costituzionale alle conseguenze delle proprie decisioni<sup>485</sup>.

E se è possibile individuare non solamente ragioni di natura meramente fattuale, ma anche ragioni di rango giuridico (costituzionale) idonee a presidiare tale interessamento allora (forse) è possibile ammettere, conseguentemente, che la Consulta ponga in essere in casi eccezionali una gestione degli effetti delle proprie decisioni.

Stante l'assenza di qualsivoglia regolamentazione giuridica in punto di gestione degli effetti nel tempo, ciò che pare legittimare tale modulazione, tuttavia, non può che risiedere, allo stato attuale, nella motivazione delle pronunce temporalmente manipolative.

### 5.1 *Le prime decisioni temporalmente manipolative dell'efficacia "verso il passato"*

Volendo utilizzare un approccio per così dire, casistico, nel presente paragrafo si analizzeranno le prime decisioni "simbolo"<sup>486</sup> con cui la Corte costituzionale ha manipolato gli effetti verso il passato<sup>487</sup>, le quali sembrano rispondere *in toto* ai *topoi* applicativi menzionati nel paragrafo immediatamente precedente, rappresentandone, di fatto, la prima manifestazione<sup>488</sup>.

Come noto, esse sono intervenute a partire dagli anni ottanta<sup>489</sup>, quando, non casualmente, "sono iniziate le prime preoccupazioni per la tutela dei nostri conti pubblici"<sup>490</sup>.

Autorevole dottrina ha affermato che in questi casi, il Giudice delle leggi ha fatto coincidere la limitazione dell'efficacia retroattiva con "criteri applicabili anche nei giudizi comuni"<sup>491</sup>.

---

<sup>484</sup> Così (perentoriamente) A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistematica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015, cit., 4.*

<sup>485</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria*, cit., 441.

<sup>486</sup> Nel presente paragrafo verranno analizzate le decisioni che sono state oggetto di dibattito in occasione del Seminario di Studi tenutosi presso il Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, promosso dalla stessa Consulta al fine di chiedere alla dottrina "di immaginare strumenti di contenimento e di manipolazione anche del 'tempo' delle decisioni". Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 39.

<sup>487</sup> Nonostante la Corte costituzionale abbia statuito nella sent. n. 127 del 1966 l'inderogabilità dell'efficacia retroattiva delle proprie decisioni.

<sup>488</sup> Si considerino anche la sent. n. 179 del 1988 in tema di disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e la sent. n. 416 del 1992 in tema di affidamento e mantenimento del figlio minore.

<sup>489</sup> Non si può non ricordare quanto segnalato da Zagrebelsky, cioè che l'innovazione apportata da tali pronunce si caratterizza per il fatto di essere altamente problematica, non avendo la Corte costituzionale - al contrario del *Bundesverfassungsgericht*, il potere di normare transitoriamente così da salvaguardare gli effetti della legge annullata; così G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, cit., 312

<sup>490</sup> Cfr. E. FURNO, *La modulazione nel tempo*, cit.

<sup>491</sup> Si veda, sul punto, M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., 1.



In ogni caso, tali decisioni si pongono alla base dell'inaugurazione di un innovativo orientamento della giurisprudenza costituzionale, cioè a dire proprio quello della limitazione degli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità<sup>492</sup>.

In occasione della sent. n. 266 del 1988, il Giudice delle leggi, come noto, ha statuito di prevedere un'efficacia irretroattiva al fine di rispondere alle esigenze sub *a*<sup>493</sup>, adottando una sentenza di incostituzionalità differita con clausola di irretroattività alla luce dell'applicazione del principio di gradualità<sup>494</sup>.

Si permetta di evidenziare sin da subito che il differimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità sottintende “una valutazione bilanciata dei diversi interessi di rilievo costituzionale che entrano in gioco nella fattispecie”<sup>495</sup>: l'incostituzionalità può rappresentare infatti un dato relativo, non assoluto<sup>496</sup>. In altri termini, l'illegittimità costituzionale si riempie di significato anche alla luce delle valutazioni compiute dalla Consulta: il che significa sostenere, in buona sostanza, che l'illegittimità costituzionale rappresenta un dato graduabile<sup>497</sup> rispetto al *vulnus* che si vuole eliminare.

Tale risultato è stato raggiunto per il tramite dell'attivazione di un “giudizio comparativo” da parte della Consulta, a seguito del quale è stata dichiarata incostituzionale la norma transitoria dell'art. 15, l. n. 180 del 1981 con decorrenza a partire dal giorno stesso della decorrenza stessa dell'efficacia della decisione<sup>498</sup> “nella parte in cui prevede che i provvedimenti di nomina, trasferimento o conferimento di funzione dei giudici militari, siano adottati con d.p.r. su proposta del ministro della difesa, sentito un ‘comitato’ all'uopo precostituito, ma non idoneo ad assicurare l'indipendenza della magistratura militare; senza peraltro che i provvedimenti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere vengano in alcun modo colpiti”<sup>499</sup>.

In occasione di tale pronuncia la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, primo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180 (*Modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace*) per contrasto con l'art. 108, secondo comma, della Costituzione.

---

<sup>492</sup> Si veda in questo senso F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 253.

<sup>493</sup> ha statuito In questo senso A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, cit., 90; secondo Pinardi, alla base della circoscrizione dell'efficacia retroattiva vi era la necessità di garantire “la stabilità dei rapporti giuridici”; così R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 468.

<sup>494</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 253.

<sup>495</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 467. Lo stesso fondamento caratterizza (e ciò non è secondario) le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, le quali costituiscono uno strumento “principe” della manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità verso il futuro.

<sup>496</sup> Cfr. l'interessante riflessione di F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, cit., 25.

<sup>497</sup> Cfr. in questo senso R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 467.

<sup>498</sup> Di qui, in effetti, la spia del fatto che il Giudice delle leggi ha posto in essere un bilanciamento del dato temporale “arbitrario”.

<sup>499</sup> F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti*, cit., 16.

Il Giudice delle leggi ha affermato di “*ritenere ormai violato il secondo comma dell'art. 108 Cost*” in ragione del fatto che non era stato previsto alcun termine per la costituzione dell'organo di autogoverno della magistratura militare e in quanto il legislatore aveva introdotto, mediante la disposizione dichiarata in seguito incostituzionale, un sistema del tutto simile a quello previgente.

Quello che più interessa in questa sede consiste nel fatto che il Giudice delle leggi, nel momento in cui ha adottato la decisione in esame, non ha più ritenuto possibile appellarsi all'esigenza della pur sempre necessaria graduale attuazione dei principi costituzionali fosse sufficiente ad evitare la dichiarazione di incostituzionalità: di qui, l'adozione di una sentenza di accoglimento, dotata tuttavia di efficacia *ex nunc*, atteso che Corte costituzionale statuisce di non “toccare” in alcun modo, mediante la propria decisione, “gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata” e ciò in ragione della “ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la preindicata attuazione”<sup>500</sup>.

L'accoglimento della questione avrebbe di fatto condotto alla decadenza di tutte le decisioni intervenute, in tal modo determinando la “paralisi degli uffici giudiziari militari”<sup>501</sup>.

Infine, il dispositivo della decisione appena commentata ricalca, di fatto, lo schema di una sentenza di accoglimento parziale.

Nella pronuncia n. 50 del 1989, la Corte costituzionale ha (implicitamente?) manifestato un diretto riferimento agli interessi derivanti dalla propria pronuncia<sup>502</sup>: chiarissima è l'assenza di qualsivoglia data a partire dalla quale “si sarebbe verificata l'illegittimità costituzionale sopravvenuta”<sup>503</sup>. Alla modulazione “fantasma” si riallaccia il timore di “provocare al contenzioso tributario un urto troppo violento, con esiti di non voluta disfunzionalità”<sup>504</sup>.

In caso contrario, la stabilità dei rapporti giuridici sarebbe venuta meno<sup>505</sup>.

Come oramai più che noto, la sentenza in questione è stata adottata in tema di pubblicità delle udienze che si svolgono davanti alle Commissioni Tributarie, onde evitare “che la caducazione

---

<sup>500</sup> Si consideri che tale pronuncia è stata definita dalla dottrina una “decisione additiva”, poiché restrittiva degli effetti temporali della dichiarazione di accoglimento, in L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 9; si veda altresì A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 62. Peraltro, nel caso di specie la Corte costituzionale ha specificato l'efficacia *ex nunc* anche nel dispositivo, così riprendendo l'impianto argomentativo esplicitato nella motivazione.

<sup>501</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *La dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 15 legge n. 180 del 1981 fra irrilevanza e infondatezza della relativa “questio legitimatis”*, in Giur.it., 1989, I, 409.

<sup>502</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 79.

<sup>503</sup> G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 79.

<sup>504</sup> G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 79. Si veda anche F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 261.

<sup>505</sup> R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo*, cit., 468.

della [...] norma potesse travolgere, con la sua efficacia retroattiva, le centinaia di migliaia di giudizi tributari non ancora coperti dal giudicato al momento della sentenza della Corte”<sup>506</sup>.

E infatti la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 39, primo comma, d.P.R. n. 636 del 1972 (Revisione della disciplina del contenzioso tributario) “nella parte in cui esclude l’applicabilità dell’art. 128 cod. proc. civ. (pubblicità delle udienze) ai giudizi che si svolgono dinanzi alle Commissioni tributarie di primo e di secondo grado, “a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti”.

Dopo avere affermato che la pubblicità dei dibattimenti tributari deve ritenersi coerente con l’art. 101 Cost., il Giudice delle leggi si appella alla sopravvenienza del vizio di legittimità costituzionale, poiché solamente in occasione del giudizio di costituzionalità si sarebbero compiute “l’evoluzione legislativa e l’opinione dottrinale e giurisprudenziale circa il carattere giurisdizionale dei processi tributari”. Pertanto “non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti progressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi”.

Interessante notare che la motivazione della pronuncia in discorso effettua un richiamo alla primissima sentenza temporalmente manipolativa e all’efficacia *pro futuro* della declaratoria di incostituzionalità<sup>507</sup>.

Nel caso di specie il dispositivo “è tipico di una sentenza di accoglimento pura e semplice”, caratterizzato però dalla “clausola di decorrenza” e dalla “clausola di salvezza”, in tal modo lasciando intendere l’impossibilità di applicare la norma dichiarata incostituzionale ai rapporti precedentemente sorti, “purché ancora giustiziabili”<sup>508</sup>.

Vi è una terza decisione temporalmente manipolativa in occasione della quale la Corte costituzionale contiene i costi della declaratoria di incostituzionalità.

Preliminarmente occorre osservare che secondo un’attentissima dottrina la decisione in questione consiste in una mera valutazione da parte della Corte costituzionale della “successione di norme nel tempo”, alla quale è conseguita una limitazione degli effetti della decisione additiva “a un momento temporale a partire dal quale l’estensione del beneficio si mostrasse adeguato”<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup> In questo senso F. SAJA, L’efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento, in Quad. cost., 1989, 12 ripreso da R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo*: la Corte alla prova dei fatti, in La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, Editoriale Scientifica, Napoli, 469.

<sup>507</sup> Così l’attenta dottrina di F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 257.

<sup>508</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 258.

<sup>509</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 137.

Tanto premesso, si tratta della nota sent. n. 501 del 1988<sup>510</sup>, in occasione della quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, orimo comma, e 6 l. 17 aprile 1985, n. 141 ("Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti") "nella parte in cui, in luogo degli aumenti ivi previsti, non dispongono, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché procuratori e avvocati dello Stato, collocati a riposo anteriormente al 1 luglio 1983, la riliquidazione, a cura delle amministrazioni competenti, della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 l. 6 agosto 1984, n. 425 ("Disposizioni relative al trattamento economico dei magistrati"), con decorrenza dalla data del 1 gennaio 1988". La Corte costituzionale precisa che gli effetti della declaratoria di incostituzionalità iniziano a decorrere dal gennaio 1988 in quanto "la l. n. 141 del 1985 ha esaurito la sua funzione perequatrice al 31 dicembre 1987".

Il *dies a quo* è precedente rispetto a quello della pubblicazione della sentenza: eppure, non vi è alcun riferimento alla sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale, e nemmeno alla gradualità<sup>511</sup>.

Dichiara la Corte costituzionale: "poiché la legge n. 141 del 1985 ha esaurito la sua funzione perequatrice al 31 dicembre 1987, gli effetti della presente decisione che, dichiarando la parziale incostituzionalità della legge suddetta, ne integra il contenuto normativo limitatamente alla perequazione delle pensioni del personale di magistratura e dell'Avvocatura dello Stato innanzi elencato, hanno inizio dal 1o gennaio 1988"<sup>512</sup>.

La limitazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità si fonda su motivi di ordine economico, oltre che sulla necessaria salvaguardia della stabilità dei rapporti giuridici<sup>513</sup>.

Inoltre, come si vedrà nei paragrafi successivi, appartengono al novero delle primissime decisioni temporalmente manipolative le note sentt. nn. 1 del 1991, la sent. n. 124 del 1991 e la sent. n. 243 del 1993<sup>514</sup>, fondamentali con riferimento al panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale.

---

<sup>510</sup> Secondo la dottrina di Pizzorusso, si tratterebbe di un'operazione di segmentazione dell'efficacia nel tempo della pronuncia. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, cit., 98.

<sup>511</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 260. Secondo la dottrina di Costanzo si tratta di un'incostituzionalità sopravvenuta dettata, di fatto, da una lettura finalisticamente orientata nel "bilanciamento fra valori costituzionali" quale possibile "limite alla retroattività delle decisioni di accoglimento". In questo senso P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., 77 e 80.

<sup>512</sup> Cfr. cons. in dir. p.to. 4.

<sup>513</sup> Sul punto si veda F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 261.

<sup>514</sup> Si consideri inoltre la sent. n. 328 del 1989, in occasione della quale la Corte costituzionale ha operato un significativo contenimento dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità. Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* In *Giur. cost.*, 1993, 1806.

## 5.2 L'horror vacui e la manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità "verso il passato"

Il presente paragrafo ha per oggetto una rassegna (strutturata in senso cronologico e di natura ricostruttiva) delle pronunce per mezzo delle quali la Consulta, al netto delle decisioni temporalmente manipolative adottate verso la fine degli anni ottanta, ha ritenuto di contenere l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità per ragioni diverse rispetto alla necessità di prevenire conseguenze economico-finanziarie eccessive.

Una pronuncia che viene definita dalla dottrina nel senso di una decisione derogatoria rispetto alle normali regole sull'efficacia delle sentenze di accoglimento - in quanto ha visto l'applicazione nel giudizio *a quo* della norma dichiarata incostituzionale - nonché fortemente connotata dall'opera di bilanciamento posta in essere dalla Corte costituzionale<sup>515</sup> è rappresentata dalla sent. n. 398 del 1989<sup>516</sup>, in tema di nomina dei magistrati ordinari cui affidare l'ufficio di Commissario agli usi civici.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, secondo comma, della legge 16 giugno 1927, n. 1766 (Conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.D. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, e del R.D. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del R.D.L. 22 maggio 1924, n. 751), nella parte in cui in luogo della disciplina ivi prevista non rimetteva alla competenza del Consiglio superiore della magistratura, a norma dell'art. 105 della Costituzione, le assegnazioni a magistrati ordinari dell'ufficio di Commissario agli usi civici.

L'illegittimità costituzionale è stata motivata dalla Consulta alla luce dell'esigenza della progressiva attuazione del disegno costituzionale: "il potere di proposta di nomina del Ministro dell'agricoltura e delle foreste appare avere, nella prospettiva dell'intera economia procedimentale, un rilievo eccessivo e disarmonico rispetto alle sopravvenute attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura ex art. 10, punto 1), della legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura)"<sup>517</sup>.

Interessante il riferimento a tale progressiva attuazione, alla luce della quale viene di fatto respinta l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità: "la norma impugnata va caducata senza che le nomine divenute inoppugnabili siano toccate nella loro legittimità (argom. ex art. 136 Cost.)"<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 143.

<sup>516</sup> Si veda la *ratio* analoga sottesa alla sent. n. 416 del 1992, in tema di mancato intervento obbligatorio del pubblico ministero nei procedimenti di modificazione dei provvedimenti riguardanti i figli minori di coniugi separati.

<sup>517</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 4.

<sup>518</sup> Del tutto peculiare sembra essere il riferimento all'art. 136 Cost.

In questo caso, sembra che la “salvezza” delle nomine già intervenute sia stata dovuta all’esigenza di rispettare il principio della salvaguardia della continuità delle pubbliche funzioni. E ancora, dichiara la Corte costituzionale: “[T]rattasi di vulnus sopravvenuto delle garanzie costituzionali di indipendenza del magistrato nominato Commissario per la liquidazione degli usi civici, in un contesto istituzionale gradualmente mutato, in assenza di necessaria armonizzazione del procedimento di nomina con i poteri dell'organo di autogoverno della magistratura secondo le attribuzioni di cui all'art. 105 della Costituzione e al citato art. 10, punto 1), della legge n. 195 del 1958”<sup>519</sup>.

Un caso particolare è rappresentato dalla nota sentenza n. 360 del 1996<sup>520</sup>.

In quell’occasione, la Corte costituzionale ha dichiarato la (sola) illegittimità costituzionale della disposizione del decreto legge sottoposto al suo giudizio, senza estenderne la portata, in generale, ai decreti legge iterati o reiterati<sup>521</sup>.

Afferma (significativamente) infatti il Giudice delle leggi: “I principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione. Restano, peraltro, salvi gli effetti dei decreti- legge iterati o reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti attualmente in corso, ove la stessa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione”.

In questo caso, sembra che il Giudice delle leggi sia stato indotto a “risparmiare” l’annullamento dei decreti legge reiterati alla luce del principio della certezza del diritto, nella sua veste di “tutela ordinamentale”.

All’inizio degli anni duemila, con riferimento, nello specifico, ancora al giudizio in via principale, la Consulta ha cercato di salvaguardare la formazione di pericolosi vuoti normativi: il timore dell’*horror vacui* sembra essere stata la ragione principe della gestione degli effetti nel tempo.

Nel 2003, in occasione della nota sentenza n. 370, intervenuta nel corso di un giudizio in via principale in tema di asili nido e fondi a destinazione vincolata, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002, affermando che “Sulla base di quanto detto, va dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 70, commi 1, 3 e 8, nonché comma 4, limitatamente all’inciso “nei limiti delle proprie risorse ordinarie di bilancio e di quelle

---

<sup>519</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 5.

<sup>520</sup> Si veda, *amplius*, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 298-299. Cfr. anche M. D’AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, 6, 2019.

<sup>521</sup> Si veda, *amplius*, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 298-299.



aggiuntive di cui al comma 3". La particolare rilevanza sociale del servizio degli asili-nido, relativo a prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, comporta peraltro che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti"; la dottrina infatti ha ritenuto di affermare che nel caso di specie sono state proprio "le esigenze di continuità delle attività oggetto della legge dichiarata incostituzionale" a determinare una gestione degli effetti della sentenza di accoglimento<sup>522</sup>.

Sono stati pertanto fatti "salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti"<sup>523</sup>.

In questo caso, in definitiva, sembra che la Consulta abbia ritenuto di precludere la formazione di una situazione ancor più lesiva dell'ordine costituzionale rispetto a quella precedente, così rifacendosi, quindi, al principio della stabilità dei rapporti giuridici o, se si vuole, della certezza del diritto<sup>524</sup>.

Con riferimento alla sent. n. 13 del 2004, adottata sempre in un giudizio in via principale, è possibile affermare che il Giudice delle leggi abbia stabilito di ampliare "la portata del principio di continuità"<sup>525</sup>.

Secondo chi scrive, peraltro, la pronuncia in questione rappresenta un esempio significativo di manipolazione degli effetti nel tempo alla luce della necessità - percepita dalla Consulta - di prevenire la formazione della c.d. maggiore incostituzionalità: è la stessa Corte costituzionale che menziona il rischio dell'esplicarsi di "effetti ancora più incompatibili con la Costituzione".

Non è un caso che tale pronuncia venga richiamata (in parte impropriamente, dal momento che essa è stata adottata nell'ambito di un giudizio in via principale<sup>526</sup>) nella parte motiva della sent. n. 10 del 2015, forse la pronuncia più significativa rispetto al *topos* argomentativo delle conseguenze giuridiche.

Come noto, nella pronuncia in questione la Corte costituzionale è intervenuta in materia di organizzazione scolastica, *rectius* di "dotazioni organiche del personale docente e l'orario di lavoro"<sup>527</sup>, dichiarando l'illegittimità costituzionale "dell'articolo 22, comma 3, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello

---

<sup>522</sup> Cfr. P. A. CAPOTOSTI, in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2007*, cit., 25.

<sup>523</sup> Cfr. cons. in dir. p.to. 7.

<sup>524</sup> A commento della sentenza in discorso si veda M. BARBERO, Prime indicazioni della corte costituzionale in materia di federalismo fiscale, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2004 e E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionali*, in *Forum di Quad. cost.*, 2004.

<sup>525</sup> In questo senso interessante la nota a sentenza di R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2004.

<sup>526</sup> Sugli inopportuni richiami effettuati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 10 del 2015 si veda E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 80, nota n. 3.

<sup>527</sup> Cfr. R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, cit., 1.

Stato - legge finanziaria 2002), nella parte in cui non prevede che la competenza del dirigente preposto all'Ufficio scolastico regionale venga meno quando le Regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con legge, attribuiscano a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche” in riferimento agli artt. 117 e 118, primo comma, della Costituzione<sup>528</sup>.

E ciononostante, secondo la Consulta, la caducazione immediata del censurato comma 3 dell'art. 22, sollecitata dalla Regione ricorrente, provocherebbe tuttavia effetti ancor più incompatibili con la Costituzione. Alla erogazione del servizio scolastico sono collegati diritti fondamentali della persona, che fanno capo in primo luogo agli studenti ed alle loro famiglie, ma che riguardano anche il personale docente e le aspettative di questo circa la propria posizione lavorativa. Vi è qui una evidente esigenza di continuità di funzionamento del servizio di istruzione che non a caso la legge n. 146 del 1990 qualifica, all'art. 1, servizio pubblico essenziale. Quel principio di continuità che questa Corte ha già riconosciuto operare, sul piano normativo, nell'avvicendamento delle competenze costituzionali dello Stato e delle Regioni ed in virtù del quale le preesistenti norme statali continuano a vigere nonostante il mutato assetto delle attribuzioni fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza (sentenza n. 13 del 1974 e da ultimo sentenza n. 376 del 2002), deve essere ora ampliato per soddisfare l'esigenza della continuità non più normativa ma istituzionale, giacché soprattutto nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali. In tema di istruzione la salvaguardia di tale dimensione è imposta da valori costituzionali incompressibili<sup>529</sup>.

Come è possibile notare, il principio di continuità viene fatto coincidere con il rischio “eccessivo” derivante dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Si tratta, in effetti, di due facce della stessa medaglia, cioè a dire del più volte menzionato *topos* delle conseguenze giuridiche, mediante l'utilizzo del quale la Consulta ha ritenuto di salvaguardare l'erogazione del servizio scolastico quale, appunto, servizio pubblico essenziale.

Alla luce quindi di “valori costituzionali incompressibili” e del “mutato assetto delle attribuzioni fino all'adozione di leggi regionali conformi alla nuova competenza”, la Corte costituzionale ha ritenuto di adottare un peculiare tipo di pronuncia, il quale, lo si vuole ribadire, “è suggerito insomma dall'esigenza di tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico”<sup>530</sup>. Nel caso di specie il principio di continuità è stato quindi

---

<sup>528</sup> Si tratterebbe, peraltro, di una sentenza additiva di principio. Sul punto si veda C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e “flessibilizzazione” (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004.

<sup>529</sup> Cfr. cons. in dir. 4. <sup>3</sup>/<sub>4</sub>.

<sup>530</sup> Cfr. cons. in. dir 4. <sup>3</sup>/<sub>4</sub>.

declinato nei termini di un “principio superiore”<sup>531</sup>, alla luce del quale il Giudice delle leggi ha stabilito di lasciare in vita la normativa incompatibile con la Costituzione nonostante l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità.

Ancora, sempre nell'ambito di un giudizio in via principale il Giudice delle leggi ha adottato la sentenza n. 423 del 2004 in materia di disciplina e finanziamento della spesa sociale, in occasione della quale viene dichiarata la legittimità “a tempo” del Fondo nazionale per le politiche sociali: la ragione è consistita prevalentemente nell'esigenza di garantire ancora una volta la continuità dell'ordinamento, che avrebbe spinto già in altre occasioni il Giudice delle leggi “a non sopprimere quei trasferimenti di denaro che trovano fondamento in atti normativi precedenti la modifica del titolo V della parte II della Costituzione e che sono in grado di produrre una maggiore aspettativa nei destinatari”<sup>532</sup>.

Sempre nello stesso anno (questa volta però, nell'ambito di un giudizio in via incidentale) è stata adottata la sent. n. 462 in materia di reato di utilizzo per uso privato di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite e via cavo, la quale rappresenta un chiarissimo tentativo di limitazione degli effetti nel tempo. In effetti il Giudice delle leggi, nel dichiarare “l'illegittimità costituzionale dell'art. 171-octies aggiunto alla legge n. 633 del 1941 dalla legge n. 248 del 2000, nella parte in cui prevede la sanzione penale, anziché la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000, per l'utilizzo privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato”<sup>533</sup>, alla luce della violazione dell'art. 3 Cost., ha tracciato un limite rispetto all'operatività dell'efficacia retroattività, affermando - nel dispositivo - la dichiarazione della illegittimità costituzionale “relativamente al periodo che va dall'entrata in vigore del citato art. 171-octies fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003”.

#### 5.2.1. Focus: La sent. n. 1 del 2014: rilevanza “bilanciabile” e horror vacui

La sentenza n. 1 del 2014 rappresenta un peculiare esempio di manipolazione del dato temporale della declaratoria di incostituzionalità, in occasione del quale, in seguito ad un bilanciamento effettuato dalla Corte costituzionale, “alla non applicazione è opposto il principio (supremo)

---

<sup>531</sup> Cfr. R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, cit., 6.

<sup>532</sup> Cfr. E. VIVALDI, *Il fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005. Peraltro, si considerino anche le sentt. nn. 16 e 49 del 2004, intervenute sempre in materia regionale. Per un commento si rinvia a C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e “flessibilizzazione” (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, cit.

<sup>533</sup> Cfr. Cons. in dir. 1.7. ¾.

della continuità dello Stato”<sup>534</sup>, e ciò alla luce dell’adozione di un’interpretazione del tutto ampia e flessibile del requisito della rilevanza<sup>535</sup>.

La decisione in questione, insieme alla sent. n. 35 del 2017, ha costituito di fatto una decisione “irrituale”: a dire il vero, anche la sent. n. 10 del 2015 appartiene al novero delle decisioni con cui il Giudice delle leggi ha riconosciuto “in via giurisprudenziale mutamenti anche significativi al normale svolgimento del processo costituzionale”<sup>536</sup>.

E tuttavia, mediante la sentenza in questione il Giudice delle leggi ha inteso mascherare la modulazione degli effetti nel tempo, senza fornirne, infatti, alcun tipo di esplicitazione nel dispositivo<sup>537</sup>.

Al fine di tutelare il principio della salvaguardia dello Stato, la Corte costituzionale, come notato da acuta dottrina, ha fatto leva sulla categoria dei rapporti esauriti<sup>538</sup>, così da “aprirsi spazi di intervento nella modulazione nel tempo dell’efficacia delle proprie sentenze”<sup>539</sup>, non senza usare in modo politico le regole processuali<sup>540</sup>.

Afferma infatti la Corte costituzionale che “le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti”<sup>541</sup>.

Alla base di una simile decisione, e ciò è intuibile, si è posta la necessità di garantire l’applicabilità della legge elettorale, qualificabile in senso costituzionalmente necessario.

Il valore che ha determinato la compressione del principio di retroattività è però, più precisamente, non quello relativo alla continuità dello Stato, bensì, più correttamente, quello

---

<sup>534</sup> Così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di D. BUTTURINI, M. NICOLINI), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Edizioni Scientifiche italiane, 2014, 45.

<sup>535</sup> Sorrentino ha ragionato sulle ragioni delle incertezze nell’elaborazione e nell’applicazione delle categorie processuali da parte della Corte con peculiare riferimento all’analisi del requisito della rilevanza. Cfr. F. SORRENTINO, *Considerazioni sul tema, in Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, 239 ss.

<sup>536</sup> Cfr. F. SPAGNOLI, *Sull’ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 230.

<sup>537</sup> Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabil. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2014.

<sup>538</sup> La dottrina ha espresso delle criticità quanto agli effetti pratici conseguenti alla pronuncia in discorso; cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014, 9-17; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014. Sembra che la Corte costituzionale, in occasione della pronuncia in esame e in occasione della sentenza n. 1 del 2014, abbia inteso percorrere una concezione “soggettiva” della giustizia costituzionale; sul punto si veda A. A. DEMMING, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015, 10-11. Per un richiamo all’esperienza tedesca si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell’organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell’accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017.

<sup>539</sup> A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, 6.

<sup>540</sup> Cfr. sul punto E. CATELANI, *“Due pesi e due misure” nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 2014, 2.

<sup>541</sup> Cons. in dir. p.to 7.

relativo alla continuità nel funzionamento degli organi costituzionali: l'efficacia retroattiva non avrebbe infatti determinato un evento inverso alla nascita dello Stato<sup>542</sup>.

Ancora, il caso di specie si è posto alla base dell'emersione dell'esigenza di rilevanza costituzionale della continuità dell'ordinamento normativo<sup>543</sup>: come si vedrà nel corso del terzo capitolo, l'esigenza in questione costituisce un *topos* applicativo delle sentenze di incompatibilità tedesche, le quali possono essere integrate con l'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile.

Il quadro giuridico conseguente all'adozione di *Unvereinbarkeitserklärungen* contraddistinte dall'ordine della continua applicazione della norma incompatibile non pare dissimile da quello che ha seguito l'adozione della sent. n. 1 del 2014, atteso che la legge illegittima ha continuato a trovare applicazione fino alle successive elezioni, come se non fosse mai stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del c.d. *porcellum*<sup>544</sup>.

Tanto chiarito, con la pronuncia in questione il Giudice delle leggi sembrerebbe avere vanificato in un colpo solo “cinquanta anni di elaborazione della nozione di rilevanza e/o pregiudizialità” e modificando (addirittura) “il modello di giustizia costituzionale”<sup>545</sup>, e ciò alla luce dell'affermazione per cui “le Camere sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare”<sup>546</sup>.

La Corte costituzionale ha statuito quindi perentoriamente di negare qualsivoglia efficacia retroattiva alla propria decisione, precisando, a tal proposito, che gli effetti si sarebbero prodotti solamente “in occasione di una nuova consultazione elettorale”<sup>547</sup>.

Se con riferimento alla sent. n. 10 del 2015 il Giudice delle leggi ha manifestato il carattere eccezionale del *decisum*, pur essendo stato pesantemente rivalutato e riqualficato il requisito della rilevanza (forse sorprendentemente?) senza alcun riferimento alla messa in atto di una deroga rispetto alla prassi tradizionalmente seguita, nel caso di specie la Consulta è intervenuta sulla categoria dei rapporti esauriti affermando che “il processo di composizione delle Camere si

---

<sup>542</sup> Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabil. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>543</sup> Cfr. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabil. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>544</sup> Ancora, sul punto si veda M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabil. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>545</sup> R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 517.

<sup>546</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 7.

<sup>547</sup> Cons. in dir. p.to 7.

compie con la proclamazione degli eletti”<sup>548</sup>, così confessando i reali motivi sottesi al differimento dell’efficacia caducatoria<sup>549</sup>.

La decisione in questione interessa in quanto la tipicità dell’efficacia della declaratoria di incostituzionalità è stata “manomessa” in ragione di esigenze di natura costituzionale.

Infine, nel caso di specie si può parlare - a ragion veduta - di una “deroga” rispetto della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento in ragione del fatto che non è in alcun modo chiaro se l’esaurimento del rapporto si determini, di fatto, con l’elezione oppure con la verifica dei poteri<sup>550</sup>.

### 5.2.2. *A margine della sent. n. 1 del 2014*

Nello stesso anno il Giudice delle leggi ha adottato la nota sent. n. 162 del 2014 in tema di procreazione medicalmente assistita. Si tratta di una pronuncia in qualche modo speculare rispetto alla sent. n. 1 del 2014, dal momento che in relazione ad essa non è ravvisabile alcun timore del c.d. *horror vacui*, il quale, invece, ha “svolto un ruolo importante nelle trame argomentative della Corte costituzionale, indirizzandone non di rado le decisioni”<sup>551</sup>: pertanto, pur non rappresentando la decisione in discorso una pronuncia temporalmente manipolativa, essa sembra comunque degna di menzione.

In quell’occasione la Corte costituzionale, a fronte del vuoto normativo paventato dalla parte erariale, ha affermato: “in relazione al «vuoto normativo» paventato dall’interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l’identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all’accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l’illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore [...] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non

---

<sup>548</sup> In questo caso la Consulta ha fornito un’interpretazione ampia delle disposizioni processuali: si è assitito, di fatto, ad un’applicazione contraddistinta da una marcata discrezionalità. In punto di utilizzo discrezionale delle regole del processo costituzionale, e soprattutto di una necessaria coerenza in punto di applicazione delle regole del processo così da implicare “uniformità di comportamento” si veda E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 335.

<sup>549</sup> Cfr. R. Pinardi, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 469.

<sup>550</sup> Secondo la dottrina di Capotosti la Corte costituzionale ha, invece, percepito l’esigenza di specificare la portata degli effetti temporali della sua decisione di accoglimento. Così P. A. Capotosti, *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell’incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005*, cit.

<sup>551</sup> Cfr. C. Giunta, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’“ordinanza Cappato”*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2019, 3.



sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011)<sup>552</sup>.

Interessante notare - ai fini del presente paragrafo - che nella pronuncia in discorso il Giudice delle leggi ha richiamato la sent. n. 1 del 2014 per dimostrare che il principio di costituzionalità supera possibili eventuali ostacoli, dal momento che la garanzia di esso “rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l’ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l’esistenza di ambiti sottratti allo stesso”<sup>553</sup>.

Da un lato, quindi, in occasione della sent. n. 1 del 2014 il Giudice delle leggi ha operato una rilevante gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento; al tempo stesso, però, la stessa Consulta eleva tale pronuncia a strumento tramite il quale si è di fatto potuto inverare il principio di costituzionalità.

Tornando alla sent. n. 162 del 2014, il Giudice delle leggi si è riferito al legislatore (responsabilizzandolo) quale interlocutore per la rimozione di eventuali carenze legislative”.

Infine, recentemente è stata adottata la sent. n. 80 del 2014 (particolarmente “complessa”<sup>554</sup>) in tema di omesso versamento dell’Iva, in cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle soglie di punibilità individuate dall’art. 10-ter del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in relazione ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011; secondo attenta dottrina si tratterebbe di una sentenza di accoglimento parziale operante, di fatto, su un piano diacronico<sup>555</sup>.

La decisione in esame si caratterizza, peraltro, per il fatto che il Giudice costituzionale utilizza diverse tecniche: pertanto, la decisione in questione potrebbe essere definita “mista”<sup>556</sup>.

## 6. L’equilibrio di bilancio quale antagonista dell’efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento

Prima di ragionare sul timore delle conseguenze finanziarie che ha spinto la Consulta a differire nel tempo gli effetti delle proprie pronunce, chi scrive intende rappresentare una breve rassegna delle pronunce rilevanti in tal senso fino alla sentenza “dieci”<sup>557</sup>, escludendo per le ragioni esposte nel par. 5.1 del presente capitolo l’analisi della sent. n. 501 del 1988.

---

<sup>552</sup> Cfr. cons. in dir. n. 11.

<sup>553</sup> Cfr. cons. in dir. 11.

<sup>554</sup> Così R. PINARDI, *Sostituzione, con effetti retroattivi limitati nel tempo, di una disciplina solo originariamente incostituzionale (ovvero: la sent. n. 80 del 2014 come pronuncia “complessa”*, in Giur.cost., 2014, 1530.

<sup>555</sup> Sul punto, si veda ancora R. PINARDI, *Sostituzione, con effetti retroattivi limitati nel tempo, di una disciplina solo originariamente incostituzionale (ovvero: la sent. n. 80 del 2014 come pronuncia “complessa”*, in Giur.cost., 2014.

<sup>556</sup> Sul punto si veda C. PANZERA, p. 125; ancora, si veda E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione delle pronunce*, cit., 419.

<sup>557</sup> Secondo recente dottrina le sentenze con cui la Corte costituzionale ha statuito di temperare le conseguenze finanziarie derivanti da un potenziale accoglimento non sono molte. Stando alla tesi di Troisi, le decisioni in

Innanzitutto, rileva segnalare la sent. n. 137 del 1986<sup>558</sup>, in tema di applicabilità delle disposizioni limitative dei licenziamenti individuali nei confronti della donna lavoratrice, la quale poteva godere del trattamento favorevole solamente fino al compimento del cinquantesimo anno di età e non fino al sessantesimo anno, come per l'uomo.

In quell'occasione il Giudice delle leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge 15 luglio 1966 n. 604, degli artt. 9 del r.d.l. 14 aprile 1939 n. 636, conv. in legge 6 luglio 1939 n. 1272, modificato dall'art. 2 della legge 4 aprile 1952 n. 218, 15 D.L.C.P.S. 16 luglio 1947 n. 708, 16 legge 4 dicembre 1956 n. 1450, nella parte in cui prevedevano il conseguimento della pensione di vecchiaia e, quindi, il licenziamento della donna lavoratrice al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età anziché al compimento del sessantesimo anno come per l'uomo.

La gestione del dato temporale, come rilevato dalla dottrina di Grosso<sup>559</sup>, è evidente.

Ma la gradualità dell'evoluzione della situazione, verificatasi specie nel periodo successivo alla precedente sentenza ([n. 123 del 1969](#)) e più prossimo alla nuova disciplina legislativa, aveva determinato il venir meno di quelle ragioni e condizioni che prima potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo, in particolar modo con riferimento all'età del conseguimento della pensione di vecchiaia e, quindi, rispetto alla disciplina del licenziamento fondata su detto evento.

Si consideri, ancora, la nota e importante sent. n. 1 del 1991<sup>560</sup>, adottata in tema di pensioni del settore pubblico, in occasione della quale la Corte ha differito di un anno il *dies a quo*, così dichiarando che il vizio della normativa si era determinato il 1° marzo del 1990<sup>561</sup>; in questo caso, il Giudice delle leggi ha preferito intervenire sul dato temporale al fine di prevenire la formazione di oneri finanziari sul bilancio statale<sup>562</sup>.

---

discorso sarebbero la sent. n. 501 del 1988, la sent. n. 1 del 1991, la sent. n. 124 del 1991, la sent. n. 178 del 2015 e la sent. n. 188 del 2016. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 344.

<sup>558</sup> Rileva anche la sent. n. 179 del 1988 in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 344.

<sup>559</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 80, nota. n. 3.

<sup>560</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 5. In occasione di tale pronuncia la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, del d.l. 16 settembre 1987, n. 379 (Misure urgenti per la concessione di miglioramenti economici al personale militare e per la riliquidazione delle pensioni di dirigenti civili e militari dello Stato e del personale ad essi collegato ed equiparato), convertito nella l. n. 468 del 1987, nella parte in cui non dispone a favore dei dirigenti collocati a riposo anteriormente al 1° gennaio 1979 la riliquidazione, a cura delle amministrazioni competenti, della pensione sulla base degli stipendi derivanti dall'applicazione del d.l. 27 settembre 1982, n. 681 [...] a decorrere dal 1° marzo 1990".

<sup>561</sup> Così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 1993, 60.

<sup>562</sup> Cfr. a commento della decisione C. COLAPIETRO, in *Giur.it*, 1991, 1103-1104; cfr. anche R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 470. Interessante notare che le parti costituite nel giudizio concluso hanno ritenuto che la Corte costituzionale avesse posto in essere, nella determinazione del *dies a quo*, un errore materiale; il Giudice delle leggi, ha tuttavia escluso la sussistenza di un simile errore, in quanto "si è inteso far riferimento alla data in cui si è realmente verificata la denunciata discriminazione per effetto dell'avvenuta conversione del d. l. n. 413 del 1989 in l. n. 37 del 1990, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* del 28 febbraio 1990, con decorrenza, per gli effetti, dal 1° marzo 1990": cfr. R.

Anche in questo caso, l'*escamotage* dell'incostituzionalità differita pare di facile individuazione: il *dies a quo* non viene fatto coincidere con l'entrata in vigore del d.l. n. 413 del 1989, ma viene fissato in corrispondenza con il 1° marzo 1990<sup>563</sup>.

Alla base del contenimento dell'efficacia retroattiva si è di fatto registrata la necessità di “evitare che dalla pronuncia di incostituzionalità discendano eccessivi oneri finanziari a carico del bilancio dello Stato”<sup>564</sup>.

Ancora, in occasione della sent. n. 124 del 1991, in materia di mancata computabilità dell'indennità di contingenza sulla quattordicesima mensilità nel settore del commercio, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2 del d.l. n.12 del 1977 (convertito nella legge n. 91 del 1977), sopravvenuta dal 28 febbraio 1986. La sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale viene argomentata alla luce della “peculiare situazione di emergenza economica che aveva suggerito l'adozione ed ha poi collegato ad un fatto specifico [...] il momento in cui si doveva ritenere superata siffatta situazione e dunque anche il *dies a quo* dell'illegittimità *superveniens*”<sup>565</sup>.

Interessante, inoltre, la sentenza n. 240 del 1994<sup>566</sup>, in occasione della quale il Giudice delle leggi, pur avendo adottato un'additiva su di una legge di interpretazione autentica<sup>567</sup>, impassibile di divenire oggetto di una declaratoria di incostituzionalità di natura irretroattiva, ha ritenuto auspicabile “una disciplina transitoria che assicuri un passaggio graduale al nuovo regime

---

ROMBOLI, *La determinazione del dies a quo per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, in *Giur.cost.*, 1991, II, 1348. Si consideri che nello stesso anno, in occasione della sentenza 124 del 1991, in tema di computabilità dell'indennità di contingenza sulla quattordicesima mensilità nel settore di commercio, la Corte costituzionale nel motivare “la data alla quale devono farsi risalire gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale”, una volta respinta la proposta di parte privata che aveva indicato quale *dies a quo* il 1° giugno 1982, ha fissato il *momentum* in coincidenza con la data di entrata in vigore della l. n. 38 del 1986 (28 febbraio 1986), “termine più sicuro di riferimento di giudizio di sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma in esame”. Anche in questo caso, la delicata materia previdenziale pare porsi alla base della limitazione dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità; motivata, nei fatti facendo riferimento alla natura eccezionale della disciplina sottoposta al suo giudizio; così anche M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 346, la quale fa riferimento ad un certo grado di discrezionalità valutativa posta in essere dalla Corte costituzionale; si veda, *contra*, Pinardi, secondo il quale la decisione in questione consiste in una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta: sul punto si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 469. Ancora, si consideri la sent. n. 416 del 1992, dotata della medesima *ratio*; cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 298.

<sup>563</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 345

<sup>564</sup> C. COLAPIETRO, in *Giur. it.*, 1991, 1103-1104. Si veda anche M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 5.

<sup>565</sup> F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 389, il quale fa riferimento ad una pronuncia temporalmente manipolativa; M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 469; M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, 5 nota 13 *Contra* Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 457, il quale riferisce di una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta.

<sup>566</sup> Preceduta dalla sent. n. 416 del 1992, anche essa adottata in materia di spesa.

<sup>567</sup> La dottrina ha ritenuto di fare riferimento ad uno dei dispositivi più “costosi” della giurisprudenza costituzionale; così A. A. DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, 6.

pensionistico e mezzi adeguati alle esigenze di vita<sup>568</sup>”: in questo senso, quindi, il Giudice delle leggi si è mostrato del tutto attento alle esigenze legate alla finanza pubblica.

Un anno, dopo, con la sentenza n. 49 del 1995, la Corte costituzionale ha rilevato solamente nella motivazione il mutamento di natura legislativa che ha implicato il sopravvenire dell’illegittimità costituzionale della norma<sup>569</sup>; ancora, in occasione della sentenza n. 126 del 1995, la Corte costituzionale ha limitato la portata della sentenza di accoglimento sia verso il passato che verso il futuro.

Con un significativo salto temporale<sup>570</sup>, la Corte costituzionale torna ad incidere sull’efficacia temporale degli effetti della declaratoria di incostituzionalità adottando la sent. n. 10 del 2015.

Tanto chiarito, se in via generale la Corte costituzionale è tenuta ad interessarsi, nello specifico, agli effetti delle proprie pronunce, allo stesso modo è opportuno (e, forse, doveroso) che la Corte costituzionale si preoccupi delle ricadute delle proprie pronunce sul tessuto economico sociale<sup>571</sup>.

La Consulta, infatti, non può comportarsi *tamquam non esset*<sup>572</sup>, cioè a prescindere dalla considerazione delle conseguenze derivanti dalle pronunce impattano sull’ordinamento giuridico: l’equilibrio di bilancio deve essere necessariamente tenuto in considerazione<sup>573</sup> nell’opera di bilanciamento.

E infatti il Giudice delle leggi in nome del principio di “gradualità” ha evitato di “disporre l’estensione generalizzata di determinati trattamenti previdenziali”<sup>574</sup> sin dagli anni settanta: rilevano in questo senso la sent. n. 57 del 1975 in tema di liquidazione delle pensioni degli avvocati dello Stato e dei magistrati e le sentt. nn. 128 del 1973, 33 del 1975, 187 del 1976 e 126 del 1977, rispetto alle quali ha rilevato il principio di gradualità richiesto dalle disponibilità finanziarie<sup>575</sup>.

---

<sup>568</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 163.

<sup>569</sup> In questo caso, si tratta dell’esclusione dal beneficio dell’affidamento in prova del militare che abbia commesso reati di diversa natura; cfr. art. 1, secondo comma, della legge 29 aprile 1983, n. 167 (Affidamento in prova del condannato militare);

La Corte afferma in punto di motivazione che: “Con la riforma del 1986 (ma già con la ricordata modifica del 1977) il legislatore ha ritenuto di dare preminenza al finalismo rieducativo ed ha lasciato la valutazione della personalità del reo (come pure quella dell’allarme sociale) alla fase della determinazione della pena in concreto”; nel dispositivo, invece, la declaratoria di incostituzionalità si colora della qualificazione dell’incostituzionalità originaria.

<sup>570</sup> In questo senso si esprime M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 347.

<sup>571</sup> Interessante notare, incidentalmente, che il *BVerfG* opera una rilevante manipolazione degli effetti delle proprie decisioni nel tempo qualora il rischio dell’adozione di una (sentenza di nullità) *Nichtigkeitsklärung* consista in un impatto eccessivamente gravoso sulle finanze statali o su quelle dei Länder.

<sup>572</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 341.

<sup>573</sup> Cfr. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell’attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c., cit., 186.

<sup>574</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?* in *Giur.cost.*, 2015, 80.

<sup>575</sup> La breve rassegna in discorso è stata individuata da E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?* cit., 80.

Tanto premesso, occorre sottolineare che il principio di copertura delle spese non si rivolge alla Consulta, bensì al legislatore<sup>576</sup>. In questo senso si è espressa in senso unanime la dottrina, facendo leva da un lato sul fatto che le sentenze costituzionali non corrispondono a leggi formali, e dall'altro sulla considerazione per cui non vi sarebbe la possibilità di prevedere un Custode del Custode delle leggi con riferimento al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio; al tempo stesso, non sarebbe verosimile prevedere l'autoapplicatività dell'art. 81, comma terzo, nei confronti dell'operato della Corte costituzionale.

Ancora, qualora il principio previsto dall'art. 81 Cost. venisse applicato all'attività posta in essere dalla Consulta, a quel punto si determinerebbe una gravosa forma di deresponsabilizzazione in capo all'organo detentore del potere legislativo, oltre che un'eccessiva discrezionalità quanto alla scelta della tipologia decisionale da adottare<sup>577</sup>.

D'altra parte, se è vero che la Consulta non si interessa degli effetti delle proprie decisioni, al tempo stesso non si può non considerare il fatto che un Consulta "troppo" responsabile potrebbe determinare, all'inverso, un Parlamento irresponsabile<sup>578</sup>.

Quanto appena scritto è tanto vero, che proprio in tema di rispetto del principio di copertura delle entrate e delle uscite la dottrina ha ipotizzato l'opportunità che la Consulta utilizzasse una "scala di valori precostituita", e ciò al fine di evitare alla stessa di "entrare troppo in mezzo alla politica e di prendere parte a favore o contro determinate posizioni politiche che sono state espresse in sede parlamentare [...]"<sup>579</sup>.

Non solo, l'impatto finanziario delle decisioni della Corte costituzionale, il quale si informa della medesima *ratio* dell'"impatto ambientale"<sup>580</sup> di bognettiana memoria, ha costituito un profilo essenziale ai fini della possibile configurazione di nuove tipologie decisionali volte ad una forma di tutela dell'impatto ordinamentale. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'aver "impostato il problema dell'influenza del principio di copertura delle spese sull'attività della Corte

---

<sup>576</sup> In questo senso R. PINARDI, si veda anche la dottrina di R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, cit., 185. Ancora, sul punto si veda E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit. 401.

<sup>577</sup> Occorre considerare che "le scelte di bilancio sono decisioni fondamentali di politica economica che, in ragione di questa loro natura, sono costituzionalmente riservate alla determinazione del Governo e all'approvazione del Parlamento. Si tratta, indubbiamente, di scelte che, essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice di legittimità costituzionale, rispetto che, nella giurisprudenza di questa Corte, si è tradotto in precisi modelli di giudizio, quali la salvaguardia della essenziale unitarietà e globalità del bilancio e, soprattutto, il riconoscimento del principio di gradualità in ordine all'attuazione di valori costituzionali che importi rilevanti oneri a carico del bilancio statale. Cfr. Sent. cost. n. 260/1990, punto 3 del Cons. in diritto.

<sup>578</sup> Il rischio è paventato da M. T. RÖRIG, *Germania*, in (a cura di P. PASSAGLIA), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio Studi-Corte costituzionale, 2014, 30 ss.

<sup>579</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, cit., 195.

<sup>580</sup> Cfr. la notissima espressione di Bognetti. Cfr. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica, in Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 224.

costituzionale in termini di bilanciamento tra diversi valori costituzionali costituisce senza dubbio uno stimolo a ricercare nuove e diverse tecniche decisorie da impiegarsi da parte della Corte costituzionale al fine di contemperare nel modo più appropriato i diversi e confliggenti valori costituzionali, non realizzabili congiuntamente, che vengono in considerazione, allo scopo di trovare il punto di minore sofferenza per tutti<sup>581</sup>.

Ancora, qualche decennio fa la dottrina aveva paventato il rischio che la Consulta, a fronte della mancanza di tecniche decisionali adatte a realizzare il bilanciamento “salvifico” in discorso, si trincerasse dietro un pericoloso *self restraint*, il quale si sarebbe rivelato del tutto lesivo dei diritti dei singoli<sup>582</sup>.

Come è stato posto in evidenza al par. 3 del presente capitolo, un simile rischio oggi non sembra più avere alcuna ragion d'essere, atteso che, quando il Giudice delle leggi ha ritenuto di effettuare un bilanciamento (comprensivo, anche di regole processuali), lo stesso non si è (auto) imposto alcun limite alla “creazione” di nuovi modelli decisionali.

In questo senso, forse, è possibile accostare tale tendenza a quella che ha contraddistinto il Giudice delle leggi tedesco quando ha iniziato ad adottare, in un contesto di “insicurezza dogmatica”, le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Non è un caso, in effetti, che sia stato suggerito dalla dottrina italiana una possibile riflessione sull'utilizzo delle sentenze di incompatibilità tedesca al fine di una maggiore tutela del principio dell'equilibrio di bilancio<sup>583</sup>, e ciò nonostante le forti critiche che sono state avanzate rispetto al recepimento di una simile tecnica decisionale, ritenuta “incompatibile” con l'art. 136 Cost<sup>584</sup>.

In altri termini, il danno “finanziario” che si ricollega all'adozione della declaratoria di incostituzionalità ha spinto la dottrina a riflettere su possibili poteri “creativi” che la Corte costituzionale avrebbe potuto utilizzare in qualità di *extrema ratio*.

Interessante notare che tali riflessioni non si sono solamente concentrate sulla modulazione degli effetti nei confronti del passato<sup>585</sup>, ma anche nei confronti del futuro, atteso che l'impossibilità “di postergare o graduare gli effetti delle sentenze fa sorgere e mantiene attuale il problema della copertura finanziaria, con il connesso rinvio all'art. 81 u.c. della Costituzione”<sup>586</sup>.

---

<sup>581</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, cit., 197.

<sup>582</sup> Cfr. ancora R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, cit., 197.

<sup>583</sup> In questo senso si veda D. SORACE, A. TORRICELLI, *La tutela degli interessi tra Corte costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove e o maggiori spese*, in *Le istituzioni nella recessione*, a cura di M. CAMMELLI, 1984, 364 e nota 12. Come correttamente riportato da Romboli, secondo gli autori le decisioni di incompatibilità - nello specifico con riferimento al settore economico-finanziario - si avvicinano alla tipologia decisionale delle sentenze costitutive additive. Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, cit., 197 nota 18.

<sup>584</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 80.

<sup>585</sup> La quale è stata ritenuta (sorprendentemente) scarsamente problematica da parte della dottrina. Sul punto cfr. G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 80.

<sup>586</sup> G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, cit., 80.



Non si può a tal proposito dimenticare che le primissime decisioni con cui il Giudice delle leggi ha modulato nel tempo gli effetti delle proprie decisioni hanno preso le mosse, di fatto, dal nodo problematico rappresentato dai costi derivanti dall'efficacia retroattiva delle relative sentenze. Quanto appena scritto è confermato altresì da autorevole dottrina la quale, rispetto alle cd. sentenze di spesa<sup>587</sup>, ha affermato come abbiano assunto un rilievo non secondario quelle pronunce che hanno cercato di governare nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>588</sup>.

Peraltro, in seguito all'adozione della sent. n. 264 del 1994, la quale aveva determinato un aumento di spesa non trascurabile in materia pensionistica, la Consulta, come confermato da recente dottrina, aveva ritenuto di ripristinare un atteggiamento cauto nei confronti dei costi derivanti dalle proprie pronunce<sup>589</sup>.

Tanto premesso, occorre addentrarsi nel “cuore” della questione relativa all'impatto economico finanziario chiedendosi qual sono le sentenze che “costano”.

Secondo la dottrina di Onida, le pronunce che impattano sulle risorse finanziarie<sup>590</sup> di uno Stato sono quelle che “modificano le condizioni in base alle quali dovrà provvedersi all'allocazione delle risorse”<sup>591</sup>.

Risultano problematiche le decisioni con meri effetti contabili, così come le decisioni che sanciscono obblighi costituzionali di spesa, che comportano un obbligo irreversibile e permanente a carico dello Stato<sup>592</sup>; altresì le mere sentenze di natura caducatoria procurano “disagi” dal punto di vista delle conseguenze ordinamentali.

In questo senso rilevante è quanto sostenuto da Foïs, secondo il quale l'adozione di pronunce caducatorie foriere di una compressione di diritti costituzionalmente garantiti implica costi non indifferenti<sup>593</sup>.

Peraltro, il nodo critico in esame si è ulteriormente irrigidito in seguito alla modifica all'art. 81 Cost<sup>594</sup> intervenuta con la l. cost. n. 1 del 2012, a cui ha dato attuazione la legge n. 243/2012, e

---

<sup>587</sup> Per una disamina delle varie categorie di sentenze di spesa si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 320.

<sup>588</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, 103.

<sup>589</sup> G. ZAGREBELSKY, V. ARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 407.

<sup>590</sup> Come noto, si collegano con i diritti costituzionalmente o finanziariamente condizionati. Sul punto si veda F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985.

<sup>591</sup> Cfr. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, 1993, Giuffrè, Milano, 19 ss.

<sup>592</sup> M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione*, cit., p. 5.

<sup>593</sup> Cfr. S. FOIS, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, 1993, Giuffrè, Milano, 160.

<sup>594</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., p. 16-17.

Peraltro, si segnala sul punto la sent. cost. n. 250/2013, ove si legge che “il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria [...], consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche”. Il principio in questione “ha contenuti di natura sostanziale: esso non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata, ma deve estendersi [...] alla prevenzione dei rischi di squilibrio” (punto 3.2 del Cons. in diritto).

ciò in ottemperanza a vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, con ciò introducendo in Costituzione del principio dell'equilibrio (o pareggio)<sup>595</sup> tra le entrate e le spese del bilancio statale<sup>596</sup>.

Secondo autorevole dottrina le pronunce della Consulta intervengono sull'allocazione delle risorse qualora quest'ultima sia tenuta a giudicare su leggi tributarie, su norme che statuiscono l'allocazione delle risorse e qualora intervenga su leggi che dispongono, di fatto, di diritti di prestazione<sup>597</sup>.

Ciò chiarito, a ragione la dottrina ha insistito sulla "necessità di interrogarsi sull'adeguatezza dei mezzi utilizzati dal Giudice costituzionale per l'individuazione e l'accertamento" dei costi<sup>598</sup>: certamente il tema della (legittimazione) della modulazione degli effetti nel tempo costituisce un *unicum* con il tema relativo alla conoscibilità dei "fatti" che si pongono a fondamento della decisione costituzionale, tanto è vero che è stato acutamente osservato, come peraltro si è già avuto modo di vedere, che la presentazione del d.d.l. n.1952 a firma Lanzillotta e altri non è conseguita alla estrema "creatività" che ha contraddistinto la sent. n. 10 del 2015, ma ha costituito, anzi, il diretto precipitato della sent. n. 70 del 2015, e ciò in ragione degli effetti "abnormi" che sono conseguiti alla stessa<sup>599</sup>.

#### 6.1. Focus: La sent. n. 10 del 2015: un *unicum* nella storia della giustizia costituzionale

La decisione in questione<sup>600</sup> (una di quelle che costituisce una "grande decisione"<sup>601</sup> della Corte costituzionale) riveste un ruolo fondamentale, in quanto schiude le porte ad una problematica

---

<sup>595</sup> La legge costituzionale n. 1/2012 è intitolata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale", ma in nessuna delle disposizioni della detta legge si utilizza l'espressione "pareggio", bensì si parla sempre di "equilibrio". Cfr. M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, 22 novembre 2013, p. 12-13. Per un contributo più recente, si veda A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in AIC, Rivista n. 1/2014.

<sup>596</sup> Si consideri che il nuovo testo costituzionale dell'art. 81 Cost. è divenuto applicabile a decorrere dall'esercizio finanziario relativo all'anno 2014.

<sup>597</sup> Cfr. V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, 1993, Giuffrè, Milano, 19 ss.

<sup>598</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 355.

<sup>599</sup> Così R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 444.

<sup>600</sup> Come ampiamente noto in occasione della pronuncia in discorso la Consulta ha dichiarato (pur tenendo conto degli effetti economici che avrebbe prodotto una declaratoria di incostituzionalità *tout-court*) l'illegittimità costituzionale di una disposizione come l'art. 81, commi 16, 17 e 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, nella parte in cui prevede che l'aliquota dell'imposta sul reddito delle società afferenti al settore energetico sia applicata con una addizionale di 5,5 punti percentuali per i soggetti che abbiano conseguito nel periodo di imposta precedente un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro.

<sup>601</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

molto ampia: quella della forma elastica delle categorie processuali<sup>602</sup> che governano il giudizio costituzionale<sup>603</sup> e quella (correlata) del potere “costituente”<sup>604</sup> o “politico”<sup>605</sup> del Giudice delle leggi, il quale, talvolta, ha statuito di governare secondo canoni del tutto creativi il processo costituzionale<sup>606</sup>.

A tal proposito non può non rilevare quanto sosteneva attenta dottrina a proposito delle conseguenze derivanti dalla negazione della dignità di processo davanti alla Corte costituzionale, consistenti, nello specifico, nella negazione che le regole procedurali siano vincolanti per lo stesso Giudice costituzionale<sup>607</sup>.

In buona sostanza, e ciò rileva rispetto al tema in discorso, “la Corte farebbe giustizia’ solo con la sua risposta (che potrebbe essere buona o cattiva), mentre non costituirebbe una garanzia di ‘giustizia’ in sé il rispetto delle regole del procedimento”<sup>608</sup>.

Non è un caso che il Giudice delle leggi abbia richiamato alcuni significativi precedenti al fine di legittimare il proprio ruolo di Custode della Costituzione *super partes*: come noto, nella decisione vengono richiamate le sent. n. 266 del 1988, le sentt. nn. 13 e 423 del 2004 e la sent. n. 370 del 2003.

Eppure, soltanto il richiamo alla sent. n. 266 del 1988 sembra colorarsi di una certa coerenza, poiché tale decisione corrisponde, nei fatti, ad una sentenza di incostituzionalità differita con effetto rigorosamente *ex nunc*<sup>609</sup>.

---

<sup>602</sup> In questo senso pare significativo quanto affermato da Elia rispetto agli standards di comportamento che dovrebbe tenere la Corte costituzionale, improntati alla garanzia di “prospettive di certezza ai giudici e ai cittadini circa l’uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale”. Cfr. L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., 98.

<sup>603</sup> Tale impostazione è fortemente criticata da Romboli, secondo il quale la Corte costituzionale “non può e non deve ritenersi libera di prestare osservanza a suo piacimento”. Così R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 529.

<sup>604</sup> Forse il potere costituente del Giudice delle leggi nel momento in cui statuisce l’efficacia solamente *pro futuro* può inverarsi - da un punto di vista esclusivamente riferibile alle tipologie decisionali - nel fatto che la declaratoria di illegittimità costituzionale “dal momento in cui” corrisponde di fatto ad una doppia pronuncia: di accoglimento, per un verso, e di rigetto per un altro verso. Di qui, la (comprensibile) ribellione dei giudici *a quibus*. Cfr. sul punto M. MORELLI, *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l’accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità “sopravvenuta”, a seguito di precedente pronuncia monitoria*, cit., 420.

<sup>605</sup> Cfr. Ruggeri, il quale fa riferimento ad una tardiva rivincita di Schmitt su Kelsen. Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors* per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015), cit., 7.

<sup>606</sup> Sul punto si veda la dura critica mossa da Ruggeri al potere costituente della Corte costituzionale. Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors* per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3. Interessante notare che Veronesi fa riferimento ad un’affermazione di programma e ad una particolare strategia che costituiscono un *novum* rispetto alla giurisprudenza pregressa. Cfr. P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”*: sulla modulazione delle pronunce di accoglimento dopo la sentenza n. 10 del 2015, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Si veda, ancora, la conclusione di Troisi sul tema del rapporto tra poteri istruttori e modulazione degli effetti nel tempo in materia finanziaria. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 357. Ancora, si consideri che tale decisione è stata adottata dalla Corte in seguito ad una dilatazione dei tempi del processo costituzionale, poiché la declaratoria dell’illegittimità costituzionale è intervenuta solamente quattro anni dopo la sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 458.

<sup>607</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 34.

<sup>608</sup> In questo senso M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 35.

<sup>609</sup> Eppure la ratio decidendi è del tutto dissimile. Così L. GENINATTI SATE’, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur.Cost.*, cit., 93.

Le altre pronunce, invece, sono state adottate (come si è visto) nell'ambito di un giudizio in via principale: pertanto le problematiche legate alla modulazione degli effetti nel tempo e il contestuale rispetto del nesso di incidentalità non possono *fisiologicamente* rilevare<sup>610</sup>.

Nonostante i richiami (o le citazioni, come affermato da una dottrina molto critica<sup>611</sup>) ai propri precedenti giurisprudenziali, la Consulta ha posto in essere un *novum* che ha rivitalizzato “la necessità di una riflessione oggi sulla possibilità per il Giudice costituzionale di modulare gli effetti temporali delle sue decisioni [...]”<sup>612</sup>.

Sul punto è interessante riportare quanto affermato rispetto al legame esistente tra il diritto costituzionale sostanziale e quello processuale, ovvero sia che “fortunatamente la giustizia costituzionale non ha mai perduto quella correlazione di valutazioni con il diritto costituzionale sostanziale”<sup>613</sup>.

E in effetti, la modulazione degli effetti nel tempo sembra rappresentare uno di quegli ambiti in cui la sostanza del diritto costituzionale si riflette sul processo (costituzionale), talvolta stravolgendone la struttura e l'impalcatura<sup>614</sup>, in tal modo svilendo la natura strettamente giurisdizionale dell'attività della Corte costituzionale. In questo senso, si è fatto riferimento ad una pronuncia “patologica” rispetto al corretto funzionamento del raccordo tra Consulta e giudici<sup>615</sup>, in occasione della quale la prima ha svolto un potere discrezionale “molto più simile a quello del legislatore [...] che non a quello di un giudice”<sup>616</sup>, tanto è vero che, nonostante la dottrina avesse individuato diverse tipologie decisionali mediante le quali sarebbe stato possibile per la Consulta garantire una forma di ridimensionamento dell'impatto demolitorio soprattutto con riferimento alle conseguenze finanziarie<sup>617</sup>, la Consulta ha ritenuto di svolgere la propria

---

<sup>610</sup> Cfr. sul punto R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Si veda anche L. GENINATTI SATE', *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur.Cost.*, cit., 93.

<sup>611</sup> Si veda sempre R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, cit.

<sup>612</sup> Cfr. l'attenta dottrina di M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 34.

<sup>613</sup> Cfr. R. CAPONI, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6.

Qualora però la giustizia costituzionale si sottraesse al processo, allora vi sarebbe il rischio di una tutela degli iura del tutto deficitaria. In questo senso M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 44.

<sup>614</sup> Così la dottrina: “Il tema coinvolge lo studio non solum del diritto positivo in materia, sed etiam del contingente fluire del rapporto fra il profilo processuale e sostanziale del giudizio di costituzionalità”. Così A. STEVENATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, cit., 186.

<sup>615</sup> Sul punto si veda M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., p. 3.

<sup>616</sup> R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 3031.

<sup>617</sup> Interessante è altresì la proposta avanzata da Grosso, il quale ha formulato una proposta quanto alla possibilità di rendere non costose le sentenze che “costano”. In sintesi, l'Autore ha delineato un sistema attraverso cui la Consulta avrebbe potuto operare sul numero dei beneficiari di un determinato trattamento senza necessariamente alterare l'equilibrio finanziario della legge. Cfr. E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa che non “costino”*, Giappichelli, Torino, 1991, 81 ss.

attività di Custode delle leggi derogando alla regola “principe” del giudizio in via incidentale, così rompendo gli schemi della giustizia costituzionale sino ad allora conosciuta.

Non solo: il quesito che rimane relegato sullo sfondo, e che tuttavia si manifesta con forza, è quello della possibilità di una “relativizzazione” del principio dell’efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento in nome della salvaguardia di esigenze costituzionali<sup>618</sup>.

In generale, forzare il meccanismo che si pone alla base dell’incidentalità del sistema impone di riflettere sull’importanza che acquisisce nel contesto del processo costituzionale il bilanciamento di interessi meritevoli di tutela posto in essere dalla Corte costituzionale, che, nel caso di specie, ha assunto le vesti del principio di stretta proporzionalità in relazione a due specifici presupposti: “l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compromissione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco”<sup>619</sup>.

L’operazione di bilanciamento viene argomentata dal Giudice delle leggi anche con riferimento ad un precedente giurisprudenziale, vale a dire la notissima sent. n. 85 del 2013, in occasione della quale è stata (significativamente) descritta la *ratio* del bilanciamento al fine di garantire la Costituzione di fatto “come un tutto unitario, in modo da assicurare ‘una tutela sistematica e non frazionata’ (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione” rispetto a diritti fondamentali.

Dichiara ancora il Giudice delle leggi che “se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette [...]”.

L’efficacia retroattiva connaturata alla declaratoria di incostituzionalità, ovvero “l’impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni [...]” avrebbe determinato “[...] uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime”<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> Cfr. sul punto S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 389. il quale, criticamente, ritiene che la recente prassi temporalmente manipolativa del Giudice delle leggi non sia sia mosso lungo i binari di chiare esigenze costituzionalmente fondate. Con riferimento alle esigenze in questione si veda R. ROMBOLI, *Natura*, cit., 615 s., F. POLITI, *Gli effetti*, cit., 252.

<sup>619</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 7.

<sup>620</sup> Sul punto si veda Cons. in dir. p.to 8.

Come posto in evidenza dalla dottrina, la Corte costituzionale, nel riferirsi - genericamente - ad “altri principi” (non solo quindi quello che si è reso protagonista della sent. n. 10 del 2015, vale a dire il principio dell’equilibrio di bilancio)<sup>621</sup> sembra porsi nei panni di un *dominus* assoluto del processo costituzionale, quasi alla stregua del Giudice costituzionale tedesco (cfr. par. 1.3 e 4.4., capitolo III).

Dall’efficacia irretroattiva di una sentenza di accoglimento deriva un “arresto cardiaco”<sup>622</sup>, dinnanzi al quale si manifestano tutte le problematiche che si inseriscono nella intricata dinamica riguardante il rapporto tra il giudizio in via incidentale e il bilanciamento che pone in essere la Corte costituzionale, una volta che abbia ritenuto di derogare rispetto alla disciplina degli effetti delle proprie decisioni nel tempo.

Quanto appena segnalato spinge a riflettere sul legame inscindibile esistente tra l’ordinamento costituzionale nel suo insieme e il processo costituzionale quale crocevia tra gli *iura* e la *lex*.

La decisione in commento impone di riflettere su quanto segue: se si vuole evitare che il Giudice costituzionale statuisca di governare la materia del processo costituzionale *praeter legem*, alla stregua di un legislatore che utilizza secondo le regole del caso le regole del procedimento in cui esso si trova ad operare, allora risulta necessario che il legislatore si soffermi con attenzione alla problematica relativa alla modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo.

Una debita attenzione da parte del legislatore alle problematiche legate alla modulazione degli effetti nel tempo porterebbe, se non altro, ad abbassare il livello di politicità insista nel bilanciamento che caratterizza, in genere, la sentenza di natura irretroattiva (o, comunque, differita).

Come ha avuto modo di porre in evidenza la dottrina, l’esigenza di regole e previsioni elastiche “conduce a riflettere sulla identificazione di una soglia minima di principi che deve essere considerata indisponibile”<sup>623</sup>. Certo è che l’identificazione di tale soglia non risulta un’operazione di facile soluzione: d’altra parte, pare evidente che il contenimento degli effetti nel tempo,

---

<sup>621</sup> A. STEVENATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2018, 199.

<sup>622</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 3.

<sup>623</sup> R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 3029.

Si consideri, come posto in evidenza dalla dottrina di Cavasino, che oltre alla sent. n. 10 del 2015, anche la sent. n. 238 del 2014 a rappresentato un’occasione in cui la Corte costituzionale ha dedotto l’antinomia di una norma consuetudinaria di diritto internazionale generale rispetto ai principi supremi dell’ordinamento internazionale. Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decum come fattore di decisione nelle pronunce*, cit., 426. Si consideri, a proposito di “elasticità” del processo costituzionale, che secondo la dottrina la Corte avrebbe “riscritto” interamente l’art. 30, terzo comma, della l. n. 87 del 1953 alla luce del richiamo del principio di stretta proporzionalità. Così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 143.



andando a recidere il nesso di incidentalità, stravolge quell'equilibrio di principi che costituisce la *condicio sine qua* non è possibile delineare un "processo" costituzionale.

Tuttavia si potrebbe immaginare l'esistenza di un processo costituzionale ove il Giudice delle leggi "supera" le regole processuali per raggiungere uno stadio di sindacato delle leggi più vasto ed ampio.

Tale "stadio", se non può consistere nella situazione giuridica creatasi in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015, dal momento che essa si è trovata ad essere viziata dalla rescissione del nesso di incidentalità, tuttavia potrebbe avere trovato una qualche forma di concretizzazione in occasione dell'adozione della sent. n. 243 del 1993 oppure in occasione dell'ordinanza "Cappato".

Scendendo più nel dettaglio, non essendo questa la sede più idonea per disquisire del carattere giurisdizionale del processo costituzionale, pare sufficiente fare riemergere la riflessione di Romboli rispetto alla possibilità di poter qualificare le regole che presidiano il processo costituzionale quali vere e proprie regole, pertanto vincolanti e non meramente espressive di una forma di indirizzamento<sup>624</sup>.

Nel caso di specie, invece, la Corte costituzionale ha individuato, a seguito di un bilanciamento<sup>625</sup> *praeter* (o addirittura *contra legem*), un principio fondamentale che è stato elevato a *superprincipio*<sup>626</sup>; non a caso la decisione in questione "può essere assunta a paradigma della crescente rilevanza, nella giurisprudenza costituzionale, della tutela degli interessi finanziari e della stretta interrelazione di tali interessi con la materia dei diritti sociali<sup>627</sup>".

Il quesito che emerge in seguito alla lettura della presente decisione sembra assumere un carattere quasi trascendente: possono regole di natura procedurale essere suscettibili di

---

<sup>624</sup> R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 3011.

<sup>625</sup> Afferma la dottrina che il Giudice delle leggi in occasione della pronuncia in discorso ha messo in campo la tecnica del bilanciamento solamente dopo avere "fatto specifico uso del giudizio di proporzionalità, che consente di controllare la legittimità della disposizione sotto il profilo della congruità dei mezzi e fini [...]". Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2016. Pertanto, afferma l'Autore, non viene utilizzato il bilanciamento nell'ambito del controllo di costituzionalità.

<sup>626</sup> Così G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 248, ove si fa riferimento all'equilibrio di bilancio quale superprincipio. Si veda, inoltre, I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a superprincipio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015. Si consideri che la disposizione costituzionale in questione non è stata invocata dal giudice *a quo*. In questo senso G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit. In parte contraria la dottrina di Sica, secondo il quale avrebbe assunto un peso notevole altresì "l'esistenza di un grave pregiudizio per gli artt. 3 e 53 Cost. che, per le ragioni sopra meglio specificate, in realtà sembra avere assunto rilievo dirimente ai fini dell'esercizio del potere di modulazione". Cfr. M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, cit., 236. Fa riferimento all'equilibrio di bilancio quale limite all'efficacia retroattiva Polese. Cfr. M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in Osservatorio AIC, aprile 2015. Secondo la recente dottrina di Nori, "la politica economica sta assumendo un nuovo rilievo nell'ambito giuridico". Cfr. G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 1.

<sup>627</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Carosi\\_Lisbona.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Carosi_Lisbona.pdf). Rispetto al nuovo art. 81 Cost. si veda O. CHESSA, *Fondamenti e implicazioni della norma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in Scritti in onore di G. Silvestri, Torino, Giappichelli Editore, 2016, 560-567.

soccombere dinnanzi alla potenziale lesione di diritti fondamentali, “soprattutto in relazione alla tutela delle fasce di popolazione più deboli”<sup>628</sup>?

L’interrogativo non risulta di facile risoluzione anche alla luce del *decisum* e dell’impianto argomentativo sotteso alla sent. n. 70 del 2015<sup>629</sup>, in occasione della quale la Corte costituzionale ha tradito quell’intento di “supertutela” che invece ha contraddistinto la sent. n. 10 del 2015; allo stesso tempo è sfumato il riferimento all’art. 81 Cost<sup>630</sup>, e ciò in ragione del timore della Corte costituzionale di sollevare ulteriori problematiche legate alla “creativa” gestione del processo costituzionale.

La sentenza in discorso rappresenta una forma di rottura rispetto alla pregressa giurisprudenza temporalmente manipolativa, al punto da non potere essere definita nel senso di una forma di rivitalizzazione *tout-court* dei pregressi episodi di governo degli effetti<sup>631</sup>; infatti, fino al 2015 la Corte costituzionale ha (più o meno esplicitamente) dichiarato l’incostituzionalità a partire da un certo momento facendo utilizzo della categoria dell’incostituzionalità sopravvenuta.

Prima del caso giurisprudenziale in commento, il Giudice delle leggi non aveva mai esplicitato la ragione posta a fondamento della palese gestione *de facto* degli effetti della decisione di incostituzionalità; in altri termini, la Corte costituzionale è uscita allo scoperto<sup>632</sup>, non solo praticando la modulazione degli effetti nel tempo, ma rivendicando “esplicitamente a sé il relativo potere”<sup>633</sup>, abbandonando così le tipologie decisionali dietro cui si trincerava in passato al fine di neutralizzare o limitare l’efficacia retroattiva della stessa declaratoria di incostituzionalità.

In questo modo la Corte costituzionale, e ciò interessa soprattutto alla luce di quello che si dirà nel capitolo successivo rispetto alle decisioni di incompatibilità tedesche, ha rifiutato di operare una scissione tra il momento dichiarativo e quello costitutivo, esplicitamente avocando a sé entrambi i momenti e pretendendo di modulare l’intensità di quello costitutivo<sup>634</sup>.

---

<sup>628</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Carosi\\_Lisbona.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Carosi_Lisbona.pdf)

<sup>629</sup> Per un commento positivo della sentenza si veda G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *federalismi.it*, 20 maggio 2015.

<sup>630</sup> Così l’attenta dottrina di G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, cit.

<sup>631</sup> Così E. GROSSO, *Il governo degli episodi temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia*, cit., 81.

<sup>632</sup> Si veda E. GROSSO, *Il governo degli episodi temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia*, in *Giur.Cost.*, 2015, 79. ANZON, D’AMICO, ex professo. Si veda anche E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce*, cit., 427. Potrebbe rilevare in questo senso il richiamo a quanto affermato da Mezzanotte rispetto alla necessità che, in occasione della limitazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità il Giudice delle leggi fondasse la propria giurisprudenza su materiali del giudizio di ragionevolezza. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 46. Si veda anche E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 143, ove si fa riferimento ad una (paradossale) incostituzionalità *ab origine* ancora “*expressis verbis*” applicabile.

<sup>633</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?*, cit., 84.

<sup>634</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?*, cit., 86.

In questo senso la sentenza “dieci” ha reso manifesto “il valore in funzione del quale la retroattività è stata limitata” e ha di fatto permesso di verificare “se la misura di tale limitazione è congrua rispetto al valore tutelato”<sup>635</sup>.

La risposta pare negativa, e ciò soprattutto alla luce dell’assenza di dati economici in grado di fondare l’efficacia meramente *pro futuro* in commento, chiaramente volta ad evitare “oneri restitutori a carico dello Stato”<sup>636</sup>.

Almeno, però, il Giudice delle leggi si è mostrato “coraggioso”, atteso che, seppur oltre le regole processuali e quindi “oltre i confini del diritto”, ha continuato a svolgere un ruolo che aveva iniziato a perseguire verso la fine degli anni ottanta “e che, probabilmente, in una società come la nostra non può non svolgere”<sup>637</sup>.

Ha correttamente affermato recente dottrina che la novità negli anni ottanta era rappresentata, di fatto, dall’interessamento da parte della Corte costituzionale alle proprie decisioni; con riferimento al caso di specie, invece, il Giudice delle leggi - secondo un *modus procedendi* del tutto innovativo - ha scelto di circoscrivere gli effetti della declaratoria di incostituzionalità alla luce di una robusta motivazione<sup>638</sup>. In effetti, il *modus argumentandi* della Corte costituzionale sembrerebbe quello che era stato auspicato, nello specifico, da Pizzorusso, il quale, rifacendosi al metodo giurisdizionale con cui opera (quindi nel contesto del diritto processuale generale) il Giudice delle leggi, si è soffermato sulla rilevanza che assume la motivazione della pronuncia nel contesto della “giustizia costituzionale”<sup>639</sup>.

Se è vero che nel caso giurisprudenziale in questione il Giudice delle leggi ha abbandonato la strada della manipolazione “mascherata” degli effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità, è comunque necessario tenere a mente che essa non ha in alcun modo evidenziato le ragioni, per così dire, pragmatiche, alla base di una simile scelta.

Come si accennava poco sopra infatti, il Giudice delle leggi non ha fatto alcun tipo di esercizio del potere istruttorio: la sentenza non contiene alcun riferimento di ordine economico.

Difficile pare pertanto il raggiungimento di una stabile forma di legittimazione di una Corte costituzionale “temporalmente creativa”.

La nuova stagione (in realtà, isolata) inaugurata dalla decisione in commento, in buona sostanza, ha costituito un episodio per il Giudice delle leggi di tracciare “una sorta di libertà dalla legge

---

<sup>635</sup> Così si è espresso Panunzio in merito a gli “artifici” posti in essere dalla Consulta al fine di derogare rispetto ad una configurazione eccessivamente rigida del regime degli effetti, alla luce della rilevante e perniciosa efficacia generale dell’efficacia retroattiva, la quale si estrinseca in una “disapplicabilità erga omnes della norma di legge dichiarata incostituzionale”. Così S. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, cit., 283 ss.

<sup>636</sup> Cfr. sul punto G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 7.

<sup>637</sup> Sul punto si veda S. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 284.

<sup>638</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 390.

<sup>639</sup> Si veda A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?* in *Giur.cost.*, 1963, 351-352.

processuale”<sup>640</sup>, quando, in realtà pare che la Corte costituzionale abbia più volte smentito di porre in essere un atteggiamento deviante rispetto alle regole processuali.

La decisione in questione ricalca (più o meno consapevolmente) l'afflato argomentativo delle decisioni di incompatibilità tedesche, ove anzi, laddove il *BVerfG* decida di derogare rispetto all'adozione della “tipica” decisione di nullità, vi è sempre (non sembra si possano registrare eccezioni in tal senso) un riferimento alla stessa deviazione.

La motivazione, si è già avuto modo di sottolinearlo, costituisce un momento fondamentale per la legittimazione del ruolo del il Giudice delle leggi; non solo rispetto al giudice *a quo*, ma rispetto a plurimi attori costituzionali, in quanto “[...] la motivazione assolve alla funzione di strumento di dialogo della Corte con i destinatari delle sue sentenze al fine di acquisirne il consenso e, quindi, di rinnovare costantemente la legittimazione della sua funzione e dell'interpretazione costituzionale <<vivente>> fatta propria nelle sentenze stesse”<sup>641</sup>.

La decisione in discorso sollecita una riflessione che autorevole dottrina aveva magistralmente impostato sul finire degli anni ottanta: si tratta della rilevata necessità di “far sì che via sia una emersione ed esplicitazione del bilanciamento dei valori costituzionali effettuato dalla Corte, un irrobustimento della motivazione delle sentenze in cui questo bilanciamento si realizza, una elaborazione di *tests* che guidino il cammino della Corte su questa via, tutto questo significa - a me sembra - non tanto incoraggiare la Corte ad assumere un ruolo che non è suo, ma piuttosto contribuire a fare in modo che la Corte assuma pienamente e consapevolmente la *responsabilità* di questo suo ruolo”<sup>642</sup>.

Se è vero, come si accennava all'inizio del presente capitolo, che la materia penale e quella economico-sociale corrispondono agli ambiti forse più favorevoli rispetto ad un'apertura da parte della Corte costituzionale non solo, come nel primo caso, a strumenti decisionali volti a valorizzare la discrezionalità del legislatore nel solco dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità, ma anche, con riferimento al secondo caso, a strumenti volti al contenimento dell'efficacia retroattiva, non si può a questo punto non considerare come le decisioni di incompatibilità tedesche rappresentino, precisamente, il *tres-d'unione* tra le due esigenze appena evidenziate.

---

<sup>640</sup> Espressione utilizzata da A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in (a cura di R. ROMBOLI), *La giustizia costituzionale a una svolta*, 1990, 7.

<sup>641</sup> Sul punto, si veda C. MORTATI, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Mortati, Milano, 1964, IV, ss. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 79.

<sup>642</sup> S. PANUNZIO, *Incossituzionalità “sopravvenuta”, incossituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1989, 600.

## 6.2. La ribellione del giudice a quo a fronte del differimento dell'efficacia retroattiva contraddistinto dalla clausola di irretroattività

La problematica sottesa alle decisioni che operano una limitazione dell'efficacia verso il passato coincide con l'allentamento o la recisione del nesso di incidentalità, al quale consegue una rilevante compressione della tutela degli *iura*; con riferimento alla giurisprudenza temporalmente manipolativa verso il futuro, i diritti dei singoli vengono - invece - compressi nella loro tutela sotto il profilo della perdurante vigenza della norma accertata essere incostituzionale ma non dichiarata tale<sup>643</sup>.

La sentenza in discorso, dotata della mera efficacia *ex nunc*, ha aperto la strada ad una ribellione<sup>644</sup> che poteva essere chiaramente prevista dal Giudice costituzionale<sup>645</sup>; peraltro, tale “patologica” deviazione dal circuito delle garanzie costituzionali non è altro che la manifestazione della necessità “che le decisioni degli organi di giustizia costituzionale si inseriscano per quanto possibile armonicamente e senza forzature nel tessuto dell'ordinamento vigente, di cui il giudizio *a quo* rappresenta solo ‘una’ frazione, benchè essenziale nella logica dell'incidentalità”<sup>646</sup>.

Il giudice *a quo*, come ampiamente noto, si è ribellato all'azzeramento dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità e ha ritenuto di disapplicare la norma dichiarata incostituzionale nel proprio procedimento, in tal modo fornendo un'interpretazione “classica” o, se si vuole, “tipica” del requisito della rilevanza<sup>647</sup>: il risultato finale è stato quello di avere concesso al contribuente il rimborso dell'imposta pagata in ragione della disciplina incostituzionale<sup>648</sup>.

In particolare la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia ha affermato - in tal senso dissociandosi dal *dictum* della Consulta “costituente” - che “la non applicabilità della norma dichiarata illegittima nel giudizio *a quo* è consustanziale al tipo di giudizio di costituzionalità voluto dal nostro ordinamento costituzionale: cancellare questa consustanzialità significa modificare il tipo di giudizio di legittimità di cui sopra bypassando il necessario intervento del

---

<sup>643</sup> S. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 593.

<sup>644</sup> Sulle diverse sfumature che può acquisire il discostamento dei giudici rispetto alle pronunce della Corte costituzionale si veda R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?* In [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2015. Si veda anche sul punto L. GENINATTI SATE', *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur.Cost.*, 2015, 95 e ss.

<sup>645</sup> Sul rapporto tra dispositivo ed effetti della decisione si veda A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, cit., 353 e ss.

<sup>646</sup> Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 11.

<sup>647</sup> Per un commento esaustivo sulla decisione del giudice a quo si veda M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, cit., 231 ss.

<sup>648</sup> Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 384.

Legislatore Costituzionale; in conclusione, sia per la literalità del dispositivo, che nulla specifica in ordine ad una difforme modalità di applicazione della sentenza, [...] la norma dichiarata illegittima non può risultare applicabile nel presente giudizio”<sup>649</sup>.

Il giudice *a quo* ha scelto di accordare la prevalenza all’art. 30 della l. n. 97 del 1953 piuttosto che al divieto di violazione del giudicato costituzionale ex art. 137 Cost<sup>650</sup>.

E in effetti la scelta effettuata dalla Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia è del tutto coerente con quanto era stato lucidamente affermato da Onida: l’ultima parola spetta sempre ai giudici, a coloro sono in diretto contatto con gli *iura*. Sono quindi essi i protagonisti “che provvedono all’applicazione della legge nei casi concreti”<sup>651</sup>.

Tre sono gli elementi su cui il giudice *a quo* ha fondato la propria “ribellione”: la literalità del dispositivo, la motivazione viziata da illegittimità costituzionale e l’assenza di una norma che permetta alla Consulta di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni<sup>652</sup>.

La decisione “eversiva” della Commissione Tributaria provinciale di Reggio Emilia non rappresenta un caso isolato.

Occorre considerare, infatti, che anche la Commissione Tributaria regionale per il Piemonte ha seguito le orme del giudice *a quo*, così come la Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia<sup>653</sup>.

Eppure, occorre considerare che la sent. n. 10 del 2015 non si è rivelata ineffettiva, nel senso che essa è stata applicata da altri giudici tributari e dalla Suprema Corte<sup>654</sup>: secondo parte della

---

<sup>649</sup> Cfr. la pronuncia della Commissione Tributaria di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15.

Il giudice *a quo* ha quindi fatto leva in particolar modo sulla discrasia sussistente tra la parte motiva e il dispositivo della sentenza. Si veda A. MORELLI, *Principio di totalità e “illegittimità della motivazione”: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, 484 ss. Ancora, sul punto si veda R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d’appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?* in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1 e ss.

<sup>650</sup> Cfr. Sul punto M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10 del 2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2016, 3.

<sup>651</sup> Cfr. V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali*, cit., 187. Per questa ragione risulta fondamentale un’analisi intorno alle sentenze c.d. miste, le quali si caratterizzano per il fatto che “dalla struttura della motivazione e del dispositivo non si possono inferire determinati effetti che siano realmente coerenti con quelli che dovrebbero astrattamente presentare quello specifico tipo di decisione”. Così E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce*, cit., 419.

<sup>652</sup> M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, cit., 7.

<sup>653</sup> Per un commento alla pronuncia si veda A. VOZZA, S. BIELLI, *Rimborso della Robin Tax: la norma incostituzionale non si applica ai rapporti “non esauriti”*, in *GT – Riv. giur. trib.*, n. 6/2018, pp. 525-530.

<sup>654</sup> Corte di cassazione, Sez. VI – 5, 18 dicembre 2018, n. 32716, che ha riformato la sentenza della Comm. Trib. Reg. per il Piemonte, 20 marzo 2017, n. 470/2/2017. La Corte di Cassazione ha affermato che il requisito della rilevanza (in relazione alla funzione di filtro che esso è chiamato ad assolvere) opera unicamente nei confronti del giudice *a quo* ai fini della prospettabilità della questione, e non anche nei confronti della Corte ad quem, quanto agli effetti della decisione sulla medesima. Ossia il fatto che la questione debba essere rilevante nel processo in cui è posta, non comporta automaticamente che la sopravvenuta decisione di incostituzionalità debba valere necessariamente negli altri procedimenti in corso, per i quali la Corte può porre la limitazione, di cui si discute qui, del differimento temporale, avendo il requisito della rilevanza non la funzione di consentire una efficacia erga omnes della eventuale pronuncia di incostituzionalità, ma piuttosto ed esclusivamente la funzione di filtro nel processo a quo”.



dottrina, la pronuncia in esame, alla luce di quanto appena esposto, manterrà “la capacità di produrre gli effetti concreti delineati nel suo dispositivo”<sup>655</sup>.

Interessante considerare che, qualora la Suprema Corte avesse deciso di confermare la sentenza del giudice *a quo*, a quel punto si potrebbe verificare un’autentica guerra tra Corti.<sup>656</sup>

Ciononostante, risulta comunque opportuna una “razionalizzazione del sistema di giustizia costituzionale volta non già a ridurre i poteri e le possibilità di intervento del Giudice delle leggi, bensì a renderne più efficaci e, al tempo stesso, più sostenibili le competenze”<sup>657</sup>; e tuttavia, secondo a dottrina, tale intervento normativo potrebbe anche non essere di per sé risolutivo, in quanto la modifica di norme processuali “non impedirebbe necessariamente possibili resistenze/disobbedienze rispetto ai contenuti sostanziali [...] delle decisioni della Corte costituzionale”<sup>658</sup>, considerata, ad esempio, la stessa ribellione del giudice *a quo* del giudizio che ha condotto alla sent. n. 10 del 2015 “pur in vigore dell’art 136, comma primo Cost., dell’art. 1 della l. cost. n. 1/1948 e dell’art. 30, comma terzo della l. n. 87/1953”<sup>659</sup>.

### *6.3 Una Corte costituzionale incoerente? Il caso “isolato” della sent. n. 10 del 2015 e la giurisprudenza successiva*

La “saga” delle sentenze di spesa, come oramai noto ai più, ha trovato un seguito nella sent. n. 70 del 2015<sup>660</sup>, la quale non è contraddistinta da alcuna manipolazione degli effetti nel tempo<sup>661</sup>. Eppure, tale pronuncia rileva nella presente tesi di dottorato in quanto si inserisce a tal punto nella disciplina “classica” degli effetti delle pronunce di accoglimento<sup>662</sup>, da avere fatto riflettere

---

<sup>655</sup> Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 404.

<sup>656</sup> In questo senso si vuole ricordare la sent. 127 del 1966 e 49 del 1970. E tuttavia, la “guerra” in questione sarebbe stata caratterizzata da

<sup>657</sup> A. MORELLI, Principio di totalità e “illegittimità della motivazione”: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 21773/15), cit., 487, ripreso da G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 404.

<sup>658</sup> Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 406.

<sup>659</sup> Ancora, si veda G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 406.

<sup>660</sup> Come ampiamente noto, in tale occasione la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del blocco (per gli anni 2012 e 2013) dell’adeguamento dei trattamenti previdenziali al costo della vita, per contrasto con gli artt. 36, primo comma, 38, secondo comma, 2 e 3, secondo comma. La rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici era infatti riconosciuta solamente per i trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento.

<sup>661</sup> Si tratta, in effetti di una sentenza che ha (meramente) accolto la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo sindacato. Cfr. R. PINARDI, *La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>662</sup> La risposta incoerente fornita dalla Corte costituzionale è stata posta in evidenza, tra gli altri, da E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 139.

molto la dottrina sull'opportunità di modificare la disciplina degli "eccessivi" effetti delle sentenze di accoglimento.

La Consulta nel caso di specie ha svolto il ruolo di mero controllore delle scelte (e dei bilanciamenti) del legislatore, censurando proprio la carenza di motivazione che aveva contraddistinto "i presupposti di fatto della disciplina censurata", con ciò ponendosi in contraddizione con lo scarno impianto motivazionale che ha contraddistinto, nello specifico, proprio la sent. n. 10 del 2015<sup>663</sup>.

Si tratta, in effetti, di una sentenza sorprendente.

"Sorprendente per l'iter e le modalità della motivazione. Sorprendente per la formula del dispositivo. Sorprendente per l'assenza di qualsiasi considerazione sulla poderosa e ampiamente dibattuta problematica degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi sull'equilibrio di bilancio"<sup>664</sup>.

In seguito all'adozione della decisione in discorso la dottrina si è chiesta quale direzione avesse ritenuto di imboccare la Corte costituzionale<sup>665</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene invece non si possa fare riferimento ad una sentenza "giunta come un fulmine a ciel sereno", stante in primo luogo il monito che nel 2010 era stato indirizzato al legislatore (in occasione della pronuncia n. 316 del 2010) e, in secondo luogo, in quanto il legislatore non aveva correttamente impostato l'impianto argomentativo (carente) della scelta posta alla base della prevalenza (necessaria) delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto, di fatto, del bilanciamento, e, pertanto, l'adozione di una decisione dotata di efficacia retroattiva *tout-court* ha permesso di restituire "ragionevolezza all'intero sistema delle decisioni politiche che incidono sui diritti individuali a prestazioni pubbliche [...]"<sup>666</sup>.

Quello che sorprende, in effetti, non è l'esito opposto rispetto alla sent. n. 10 del 2015, bensì "il sostanziale rifiuto della Corte di misurarsi con il problema posto dalla presenza del principio

---

<sup>663</sup> Tale critica è stata mossa, precisamente, da M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 354, secondo la quale in occasione della sentenza "settanta" la Consulta controlla e contesta il bilanciamento posto in essere dal legislatore, quanto appena in occasione della sentenza "dieci" la stessa era stata autrice di un "creativo" bilanciamento di natura discutibile. Allo stesso modo, anche nel caso della sent. n. 178 il Giudice delle leggi ha verificato la ragionevolezza del bilanciamento legislativo, giungendo di fatto alla conclusione che il "carattere sistematico della sospensione della contrattazione e degli automatismi stipendiali per i dipendenti pubblici determina un 'bilanciamento irragionevole' fra libertà sindacale e il principio dell'equilibrio di bilancio". Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2016.

<sup>664</sup> Cfr. A. ANZÓN DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2015, 1. Si veda in questo senso anche S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali?* Nota alla sentenza n. 70/2015, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>665</sup> Molto critica è la dottrina di Morrone, il quale qualifica la sent. n. 70 del 2015 nel senso di una legge ingiusta. Cfr. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015.

<sup>666</sup> Così G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 6.

costituzionale dell'equilibrio di bilancio"<sup>667</sup>, in tal modo sancendo la prevalenza dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle retribuzioni e pensioni e abbandonando<sup>668</sup>, di fatto, la logica della garanzia della Costituzione da intendersi quale un tutto unitario che necessita di una forma di tutela "sistematica e non frazionata"<sup>669</sup>.

Eppure, occorre sottolinearlo, nel caso di specie il Giudice costituzionale non ignora la questione relativa alle risorse finanziarie, posto che svolge un controllo di ragionevolezza del bilanciamento realizzato dal legislatore fra le esigenze del contenimento della spesa pubblica e, come affermato dalla stessa, il "diritto a una prestazione previdenziale adeguata"<sup>670</sup>.

Certo è che, se nella "dieci" la Consulta si preoccupa delle conseguenze finanziarie e agisce sugli effetti della declaratoria di incostituzionalità, con riferimento alla "settanta" "il tema delle esigenze di bilancio assume rilievo in rapporto alla legittimità costituzionale della disposizione impugnata"<sup>671</sup>.

L'esito della sentenza solleva, ancora una volta, il problema relativo ai poteri di "investigazione" della Corte costituzionale rispetto all'espunzione di una norma dall'ordinamento<sup>672</sup>.

Ancora, in seguito, in occasione della sent. n. 178 del 2015 - "l'ultimo episodio del tormentato dialogo tra Consulta e Legislatore nella delicata materia delle cosiddette 'sentenze di spesa'"<sup>673</sup> - la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1 e 17, primo periodo, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, e dell'art. 16, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 35, primo comma, 36, primo comma, 39, primo comma, e 53 Cost., in al modo intervenendo sull'illegittimo reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione economica per i lavori pubblici per il periodo 2010-2014, al quale conseguiva "una disciplina irragionevole e

---

<sup>667</sup> Cfr. sempre A. ANZON DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, cit., 1.

<sup>668</sup> Si è fatto riferimento a ad una supremazia assoluta dei diritti previdenziali. Si veda in questo senso A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, spec. 4 e 7.

<sup>669</sup> Così A. ANZON DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni del pubblico erario*, 8.

<sup>670</sup> Cfr. cons. in dir. p.to 10.

<sup>671</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2016.

<sup>672</sup> Sul punto si veda A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2015, 520.

<sup>673</sup> In questo senso si veda R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015. In questo senso anche D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2016, 218.

sproporzionata, discriminando, per un periodo che non è transitorio né eccezionale, i lavori pubblici rispetto ai lavoratori del settore privato”<sup>674</sup>.

Illegittimo era quindi il blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo avevano prorogato<sup>675</sup>, in quanto aveva di fatto determinato “una irragionevole protrazione, sotto l’aspetto temporale, del blocco delle retribuzioni”<sup>676</sup>.

Quello che importa maggiormente rilevare rispetto alla decisione in questione nella presente sede è che la Corte costituzionale sembra avere posto in essere una gestione del tutto “sregolata” dei suoi processi<sup>677</sup>, mostrando un atteggiamento di fatto “libero” e disinvolto “dei canoni che governano il processo costituzionale”<sup>678</sup>, peraltro in alcun modo giustificato o argomentato. Il *prius* è rappresentato, nel caso di specie, dalla verifica intorno all’eventuale illegittimità della norma censurata, la quale è stata realizzata per il tramite di un bilanciamento interno che ha conosciuto la presenza dell’art. 81 Cost<sup>679</sup>.

Il richiamo alla sopravvenienza dell’illegittimità costituzionale, infatti, non sembra soddisfare le esigenze di chiarezza e trasparenza in punto di motivazione<sup>680</sup>: come è possibile che una normativa “fino ad oggi” non affetta dal vizio di legittimità costituzionale lo diventi proprio a partite dall’oggi, cioè a dire solo “a partire dalla decisione che lo ha accertato”?<sup>681</sup>

E’ pur vero che, comunque, il Giudice delle leggi ha statuito un termine effettivo di decorrenza che, secondo parte della letteratura, appare comunque non eccessivamente discrezionale, poiché ancorerebbe la decorrenza degli effetti all’art. 136 Cost<sup>682</sup>.

Afferma infatti la Corte costituzionale: “solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale, che spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione di questa sentenza” e, precisamente, per l’intervallo temporale che va da primo gennaio 2015 al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento.

---

<sup>674</sup> Cfr. D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, cit., 29.

<sup>675</sup> M. MOCHEGANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>676</sup> Cfr. D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, cit., 29.

<sup>677</sup> Così si è espresso A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015.

<sup>678</sup> Cfr. sempre A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, cit.

<sup>679</sup> Sul punto si veda D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 220.

<sup>680</sup> Secondo E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 143, si sarebbe tornati (rispetto alla sent. n. 10 del 2015) all’incostituzionalità sopravvenuta.

<sup>681</sup> Cfr. la dottrina critica di A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, cit. In senso analogo, seppur in modo più sfumato D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 218.

<sup>682</sup> Così, ancora, D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 218.

Il riferimento alla “improvvisa” decorrenza - sopravvenuta - del vizio di legittimità costituzionale si spiega alla luce della ribellione avutasi in seguito all’adozione della sent. n. 10 del 2015, la quale si era in parte fondata, come si è visto, sullo “specioso argomento che nulla in modo esplicito si diceva nel dispositivo a riguardo della decorrenza dell’effetto ablativo a far data dalla pubblicazione della decisione che lo ha prodotto”<sup>683</sup>.

Si tratta, come è stato scritto mediante l’utilizzo di una formula particolarmente suggestiva, di “un vizio che nasce e muore lo stesso giorno, per mano del giudice che lo dichiara e che, allo stesso tempo, ne accerta la mancanza al momento della remissione degli atti alla Consulta”<sup>684</sup>.

La Consulta ha chiaramente posto in essere il differimento della dichiarazione dell’incostituzionalità “per ragioni plausibilmente connesse alle conseguenze finanziarie di una propria pronuncia”<sup>685</sup>.

La sentenza in commento presenta infatti la medesima ratio della sent. n. 10 del 2015: la Consulta, come nel caso giurisprudenziale appena richiamato, “si pronuncia, sì, per l’illegittimità della disciplina *sub iudice*, ma solo *pro futuro*, escludendo, quindi, totalmente il prodursi dei normali effetti ‘retroattivi’ dell’accoglimento”<sup>686</sup>.

Eppure, mentre nel caso della sent. n. 10 del 2015 la Consulta ha adottato una sentenza di incostituzionalità differita connotata dalla c.d. clausola di irretroattività<sup>687</sup>, nel caso della sent. n. 178 “la Consulta afferma non soltanto in motivazione, ma anche, espressamente, nel dispositivo<sup>688</sup> e persino (a scanso di equivoci, si potrebbe aggiungere) nel comunicato stampa del 24 giugno che ha preceduto di quasi un mese il deposito in cancelleria, che la pronuncia che si stava adottando doveva ritenersi di ‘incostituzionalità sopravvenuta’<sup>689</sup>.

Il timore (piuttosto manifesto) non era solamente quello di muovere alla “ribellione” il giudice *a quo* e la dottrina costituzionalistica, ma anche quello di giustificare, in qualche modo, la preclusione “alla corresponsione degli aumenti spettanti ai pubblici dipendenti”<sup>690</sup>, la quale

---

<sup>683</sup> Sul punto si veda ancora una volta A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, cit.

<sup>684</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, cit.

<sup>685</sup> Sul punto si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 347. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 389, fa riferimento ad una decisione che ha limitato la retroattività per specifiche esigenze di natura costituzionale.

<sup>686</sup> Così R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”*, cit.

<sup>687</sup> R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”*, cit.

<sup>688</sup> La pronuncia in questione, dichiarando l’incostituzionalità della disciplina a partire dal giorno della pubblicazione della sentenza, al pari, peraltro, delle sentt. nn. 266 del 1988 e 50 del 1989, non può rientrare del novero delle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta. Così S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 389.

<sup>689</sup> Cfr. ancora una volta R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”*, cit.

<sup>690</sup> Cfr. in tal senso D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 219.

sarebbe verosimilmente conseguita all'adozione di una declaratoria di incostituzionalità dotata di efficacia retroattiva *tout-court*.

Potrebbe essere interessante osservare che la sent. n. 178 non pare dissimile dalla sent. n. 266 del 1988<sup>691</sup>: in entrambi i casi la Corte costituzionale ha operato una “frode di etichette”, nascondendo la manipolazione degli effetti nel tempo dietro la tipologia decisionale corrispondente all'incostituzionalità sopravvenuta<sup>692</sup>.

La “stagione” della prassi temporalmente manipolativa non si esaurisce con le due sentenze adottate nel 2015<sup>693</sup>, l'una di incostituzionalità differita “pura” e l'altra di incostituzionalità sopravvenuta in senso lato<sup>694</sup>.

Nel 2016 il Giudice delle leggi adotta, nell'ambito di un giudizio in via principale, la sent. n. 188<sup>695</sup>, in occasione della quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni relative alla legge di stabilità del 2014 (l'art. 1, commi 711, 712 e 729, della legge 27 dicembre 2013, n. 147) nella parte in cui esse sono applicabili alla Regione ricorrente (Friuli-Venezia-Giulia).

La pronuncia in questione rientra sempre nell'alveo delle decisioni manipolative dell'efficacia temporale al fine di ridurre al massimo l'impatto finanziario derivante dall'efficacia retroattiva; anzi, quello che contraddistingue la pronuncia in discorso è la sua totale irretroattività.

Dichiara il Giudice costituzionale che: “in ordine alle dichiarate illegittimità sono necessarie alcune precisazioni circa gli effetti dalle stesse prodotti sul meccanismo dell'accantonamento. Quest'ultimo, proprio in base al principio dell'equilibrio dinamico del bilancio, verrà meno a far data dalla pubblicazione della presente sentenza, fermo restando tuttavia che per i decorsi esercizi gli accantonamenti effettuati in via preventiva dovranno essere conciliati con i dati del gettito fiscale accertato, restituendo alla Regione ricorrente le somme trattenute in eccedenza. La stessa ricorrente – consapevole della complessità della situazione finanziaria sedimentatasi a seguito della mancata compensazione degli accantonamenti – chiede in via subordinata la

---

<sup>691</sup> Secondo Onida si tratterebbe di una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta. Così C. ONIDA, *Considerazioni*, cit., 189.

<sup>692</sup> In questo senso anche A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 211. Anche secondo Grosso l'improprio l'utilizzo della tipologia decisionale dell'incostituzionalità sopravvenuta ha svolto la funzione di tutelare la Corte costituzionale, la quale sembrerebbe affermare, tra le righe, che “E' pur sempre l'ordinamento giuridico e non certo io, a stabilire in ogni circostanza quali sono gli effetti delle sentenze di accoglimento”. Così E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 85.

<sup>693</sup> Come in parte prognosticato da M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, cit., 234.

<sup>694</sup> La dottrina di Diaco qualifica invece la sentenza in questione nel senso di una pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta *tout-court*. Cfr. D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, cit., 219.

<sup>695</sup> Si tratta di una pronuncia totalmente irretroattiva. Così R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 468 nota n. 118. Si veda anche M. D'AMICO, la quale fa riferimento alla giustificazione da parte della Corte costituzionale del contenimento dell'efficacia retroattiva mediante la sopravvenienza dell'illegittimità costituzionale. Così M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 11



cessazione dell'accantonamento a far data dal giorno della pubblicazione della eventuale sentenza di accoglimento a condizione che lo Stato proceda in contraddittorio alle necessarie compensazioni per il periodo intercorso dalla data di entrata in vigore del primo accantonamento (esercizio 2012), assicurandone la relativa copertura finanziaria nell'esercizio di effettuazione di tale compensazione. A ben vedere, con riguardo alla particolare situazione in esame, tale effetto risulta naturale conseguenza della specificità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni e del carattere di continuità dei bilanci pubblici, che consente rimodulazioni dei rapporti debitori e creditori tra Stato ed autonomie territoriali anche in esercizi successivi alla loro scadenza. E ciò è coerente con quanto questa Corte ha già avuto occasione di sottolineare con riguardo all'inscindibile connessione tra il principio dell'equilibrio dinamico del bilancio ed il carattere di continuità degli esercizi finanziari, il quale ne risulta naturale declinazione essendo «essenziale per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale» (sentenza n. 155 del 2015), anche attraverso appropriate rimodulazioni dei rapporti fra Stato ed autonomie speciali «con riguardo ai decorsi esercizi» (sentenza n. 155 del 2015). D'altronde, il principio dell'equilibrio dinamico, «[e]ssendo strettamente connesso [a quello] di continuità del bilancio, essenziale per garantire nel tempo l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale, [...] può essere applicato anche ai fini della tutela della finanza pubblica allargata, consentendo in sede pattizia di rimodulare in modo più appropriato le relazioni finanziarie anche con riguardo ai decorsi esercizi» (sentenza n. 155 del 2015)<sup>696</sup>.

Come si ha modo di vedere, in ragione dell'operatività del principio dell'equilibrio dinamico (alla luce del quale il Giudice delle leggi richiama la sent. n. 10 del 2015<sup>697</sup>) del bilancio e in ragione del carattere di continuità degli esercizi finanziari, «i rapporti debitori e creditori tra Stato ed autonomie territoriali possono essere rimodulati anche in esercizi successivi alla loro scadenza»<sup>698</sup>.

Ma vi è di più.

La pronuncia in esame è stata adottata in seguito all'adozione della decisione n. 155 del 2015 di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, la quale costituisce un suo immediato precedente e che, pertanto, viene a più riprese evocata nella cornice della motivazione<sup>699</sup>: tale decisione, se

---

<sup>696</sup> Cons. in dir. p.to.7.

<sup>697</sup> Cfr. cons. in dir. p.to. 7.

<sup>698</sup> In questo senso si veda l'attenta analisi di Troisi. Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 347; in senso analogo R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 470, il quale si riferisce a preoccupazioni di natura finanziaria. Per quanto attiene il considerato in fatto si veda al p.to 4, 6; per quanto riguarda, invece, il considerato in diritto, si considerino il p.to 1.3, 2, 2.4, 4, 4.3.

<sup>699</sup> Cons. in dir n. 7. Cfr. G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017, 4, il quale, peraltro, specifica alla nota n. 13, che l'ordinanza istruttoria n. 24 del 26 novembre 2016 osserva che «le norme censurate appaiono inscindibilmente collegate sotto il profilo degli effetti sulle relazioni finanziarie tra Stato e Regione concorrente, a quelle precedentemente esaminate con la sentenza n. 155 del 2015».

letta in “controluce”, permette di rilevare che l’impianto della decisione si fonda, di fatto, su una notevole attività istruttoria posta in essere dalla Consulta<sup>700</sup>.

Nella sentenza in discorso, pertanto, la Corte costituzionale sembra avere posto in essere una modulazione degli effetti nel tempo “consapevole”, irrobustita (legittimata) dall’attivazione dei poteri istruttori (rappresentata dall’ord. n. 26 novembre 2015), la quale risulta chiaramente non solo nel considerato in fatto, ma anche nel considerato in diritto<sup>701</sup>.

Ancora, non si può non segnalare la sent. n. 27 del 2018 in occasione della quale la Corte costituzionale è stata chiamata dalla Commissione tributaria provinciale di Rieti con quattro ordinanze del 17 dicembre 2015 a giudicare sul decreto legislativo 23 dicembre 1998, n. 504 (Riordino dell’imposta unica sui concorsi pronostici e sulle scommesse, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 3 agosto 1998, n. 288), e dell’art. 1, comma 66, lettera *b*), della legge 13 dicembre 2010, n. 220, recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011)” in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.

Il Giudice delle leggi “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 3 del decreto legislativo 23 dicembre 1998, n. 504 (Riordino dell’imposta unica sui concorsi pronostici e sulle scommesse, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 3 agosto 1998, n. 288) e dell’art. 1, comma 66, lettera *b*), della legge 13 dicembre 2010, n. 220, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011)», nella parte in cui prevedono che – nelle annualità d’imposta precedenti al 2011 – siano assoggettate all’imposta unica sui concorsi pronostici e sulle scommesse le ricevitorie operanti per conto di soggetti privi di concessione”.

Infine, si qualifica nel senso di una sentenza di incostituzionalità differita la sent. n. 74 del 2018, con la quale è stato definito un giudizio in via principale.

La Regione Veneto impugnava con ricorso alcune disposizioni della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019).

Viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 140, della l. n. 11 dicembre 2016, n. 232 nella parte in cui non prevede un’intesa con gli enti territoriali in relazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri riguardanti settori di spesa rientranti nelle materie di competenza regionale.

Nel dichiarare l’incostituzionalità, la Consulta dichiara nella parte motiva della sentenza che “Lo stesso carattere plurisetoriale del fondo e il contenuto sostanzialmente indeterminato del comma 140 rendono altresì difficile valutare l’impatto che la pronuncia di accoglimento può avere sui diritti costituzionali delle persone [...] Nel censurare previsioni istitutive di fondi statali

---

<sup>700</sup> Cfr. G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 6.

<sup>701</sup> In questo senso si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 349.

settoriali, questa Corte ha fatto talora salvi i procedimenti di spesa in corso, per evitare il pregiudizio di diritti costituzionali (sentenze n. 50 del 2008, n. 423 del 2004 e n. 370 del 2003), oppure ha precisato che «la caducazione di tale norma [...] non comporta diretto e immediato pregiudizio per i diritti delle persone» (sentenza n. 16 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 49 del 2004). Poiché anche il comma 140 interviene in diversi settori e su diversi tipi di investimenti che possono variamente incidere su diritti costituzionali delle persone (si pensi per esempio agli interventi antisismici nelle scuole o all'eliminazione delle barriere architettoniche), si precisa che la dichiarazione di illegittimità costituzionale, nei termini indicati, della previsione in esso contenuta non produce effetti sui procedimenti in corso, qualora questi riguardino detti diritti”.

Come intuibile, in questo caso la Consulta ha ritenuto di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione salvando i procedimenti di spesa in corso, giustificando la gestione degli effetti temporali alla luce della salvaguardia dei diritti delle persone.

#### *7. Una riflessione sulla manipolazione nel tempo: i poteri istruttori della Corte costituzionale*

“E’ meglio sapere ... di non sapere”<sup>702</sup>.

Il Giudice costituzionale Zanon ha scritto, a proposito delle analisi dottrinali in punto di modulazione dei effetti delle pronunce della Corte costituzionale nel tempo e di poteri istruttori, che la libertà della dottrina nell'analisi del processo costituzionale non può “tradursi, in nome della fedeltà ed astratte purezze, in spensierata trascuratezza dei problemi che un collegio di giudici deve affrontare quando è chiamata a decidere, *con effetti di sistema*”<sup>703</sup>, sulla costituzionalità delle leggi”<sup>704</sup>.

Più nello specifico, rispetto ai poteri istruttori, il Giudice costituzionale afferma la necessità di una maggiore circolazione di informazioni e di dati scevri dal formalismo che talvolta caratterizza il contraddittorio di fronte alla Corte costituzionale, così forse da permettere ai fatti

---

<sup>702</sup> Cfr. N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 16.

<sup>703</sup> Corsivo di chi scrive. Si veda in questo senso la nota sentenza n. 317 del 2009, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che “Qualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici; questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale”; Cons. in dir. n. 9.

<sup>704</sup> Cfr. N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 16.

di “penetrare nella cittadella del giudizio costituzionale”<sup>705</sup>, soprattutto nel caso di questioni scientifiche o etiche o “con potenziale e rilevante impatto finanziario”<sup>706</sup>.

Alla luce di quanto evidenziato, pare quasi consequenziale il fatto che, nonostante il Giudice delle leggi operi da tempo una flessibilizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, tuttavia, come acutamente segnalato dalla dottrina, “nell’esperienza costituzionale italiana è difficile rintracciare o rinvenire elementi di analisi che muovono dalla nozione di *impatto ordinamentale* con riferimento alla giurisprudenza costituzionale”<sup>707</sup>.

Eppure, l’utilizzo della strumentazione temporalmente manipolativa da parte del Giudice costituzionale costituisce proprio il punto di arrivo rispetto ad un preciso e dettagliato ragionamento (consistente, nei fatti, in un bilanciamento) intorno alle conseguenze derivanti dall’impatto della propria pronuncia.

Chi scrive intende sostenere che forse è proprio in ragione di tale specificità del processo costituzionale che il Giudice delle leggi ha dato luogo ad una giurisprudenza ondivaga e poco coerente in punto di scelta della tecnica decisionale a fronte del riscontrato vulnus di principi costituzionali<sup>708</sup>, o, se si vuole, di modulazione degli effetti nel tempo.

Tuttavia, un dato di fatto costituisce la premessa intorno allo studio della gestione degli effetti nel tempo e della valutazione operata dalla Corte costituzionale rispetto all’impatto della propria pronuncia: è nel perimetro tracciato dal giudizio in via incidentale che si è posto il problema della “possibilità o necessità per la Corte costituzionale di valutare l’impatto della dichiarazione d’illegittimità costituzionale al fine di definire il contenuto normativo delle proprie pronunce o, meglio, di scegliere *tipo* e *forma* del *decisum* e delle *motivazioni* della decisione”<sup>709</sup>.

A tal proposito si osserva che l’impatto della pronuncia è idonea a modellare non solo gli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche le stesse pronunce della Corte e il relativo ruolo<sup>710</sup>.

---

<sup>705</sup> Cfr. M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 1047. La dottrina di Olivito, facendo salva l’osservazione che la Corte costituzionale non vive in una torre d’avorio, ritiene necessario chiedersi se dalla stessa ci si aspetti “prestazioni di unità e di salvaguardia della prescrittività della Costituzione oppure prestazioni di stretta congruenza ai nudi fatti e ai cambiamenti sociali [...]”. Cfr. E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 177.

<sup>706</sup> G. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 15. In questo senso, emblematico è quanto affermato dalla Corte costituzionale in occasione della sent. n. 10 del 2015:

<sup>707</sup> E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, 401. Affermava Zagrebelsky che “in molti casi la diagnosi e la prognosi dell’impatto sociale della legge svolgono un ruolo decisivo della decisione”. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 1988, 291.

<sup>708</sup> Sulla necessità che la Corte costituzionale adotti un approccio cauto e “prudenziale” in punto di conoscenza dell’esatta determinazione delle conseguenze si veda D’AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, cit., 691.

<sup>709</sup> Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 404.

<sup>710</sup> E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, 405. Sul punto si veda *amplius* T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, 18.

Non si può non considerare, in questo senso, quanto autorevolmente affermato da Pizzorusso, il quale aveva sostenuto che la valutazione di impatto politico costituzionale delle pronunce costituzionali costituisse una “valutazione preliminare indispensabile per un organo come la Corte che non è solo un giudice, ma è anche un organo costituzionale. Tanto più necessaria, poi, quanto più è fluido e non stabilizzato il sistema politico”<sup>711</sup>; al contrario, secondo Zagrebelsky l’esistenza di un processo costituzionale implica che la Corte costituzionale assuma su di sé le “[...] aspettative di giustizia della società”<sup>712</sup>.

D’altra parte, gli unici strumenti conoscitivi a disposizione della Corte costituzionale, oltre a corrispondere alle informazioni fornite dalle parti, rispondono a canali informali oppure - come accade di rado - a ordinanze istruttorie<sup>713</sup>.

Come affermato dalla dottrina, ciò che accomuna la sent. n. 10<sup>714</sup> e la sent. n. 70 del 2015 (due sentenze opposte eppure “cugine”, contraddistinte, come si è avuto modo di vedere, da esiti del tutto differenti, senza alcun tipo di continuità o coerenza di fondo), è l’assenza dell’utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale<sup>715</sup>, il quale sembra essersi reso ancora più necessario a fronte dell’entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, che, come si è avuto modo di vedere, nel modificare l’art. 81 Cost. ha riaffermato il rispetto dei principi di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico.

Come ampiamente noto, in passato il Giudice delle leggi - pur non attivando i poteri istruttori - poteva godere dell’appoggio di ufficio appositamente istituito che si occupava, nello specifico, della valutazione dell’impatto delle decisioni<sup>716</sup>.

Il rischio dell’assenza di qualsivoglia utilizzo dei formali poteri istruttori, dovuto al fatto che il Giudice delle leggi giudica sulle norme e che il dato fattuale spesso è nella sola disponibilità del giudice relatore<sup>717</sup>, è che la Corte costituzionale si possa nascondere “dietro il differimento degli effetti retroattivi del proprio accoglimento”<sup>718</sup>. Un caso peculiare (forse isolato) è rappresentato, oltre che dalla sent. n. 1 del 1991, anche dalla sent. n. 188 del 2016, in occasione della quale,

---

<sup>711</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla “elasticità” delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in Giudizio “a quo” e promovimento nel processo costituzionale, Giuffrè Editore, Milano, 1990, 260.

<sup>712</sup> S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla “elasticità” delle regole procedurali nel processo costituzionale*, cit., 260.

<sup>713</sup> Sul punto si veda A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale: “nuovi” poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 8. Stando ad uno studio del 2018, le ordinanze istruttorie pronunciate dalla Corte costituzionale sono meno di 100.

<sup>714</sup> Molto criticamente Ruggeri afferma in una sua lucida analisi della sent. n. 10 del 2015 “Non saprei tuttavia dire fino a che punto i calcoli economici siano stati fatti in modo giusto”. Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015 1.

<sup>715</sup> M. LUCIANI, crisi economica, biondi d’amico.

<sup>716</sup> M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 33.

<sup>717</sup> S. ARU, *I poteri istruttori della Corte tra forma e sostanza*, in *La Corte e i fatti*, cit., 198.

<sup>718</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 356.

come si è avuto modo di vedere, la Corte costituzionale ha adottato i propri poteri istruttori, così consentendole “di uscire dall’*impasse* dell’incostituzionalità accertata ma non dichiarata”<sup>719</sup>. Si tratta, forse, delle due decisioni che più hanno rivitalizzato il tema non solamente della modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche (e non potrebbe che essere così) il tema centrale della conoscibilità dei fatti<sup>720</sup> da parte del Giudice costituzionale. In effetti, se si considera, nello specifico, il delicatissimo compito della Corte costituzionale, non può che applicarsi ad essa il detto per cui è meglio sapere ... di non sapere<sup>721</sup>.

Il suo ruolo decisivo comporta la necessità che essa “agisca nella piena consapevolezza dei dati e delle informazioni necessarie, con argomentazioni trasparenti e documentate, in modo che le sue decisioni non siano equivocabili, o, ancora meglio, risultino prevedibili e non frutto della contingenza o della sensibilità dei vari giudici”<sup>722</sup>. Insomma, “per prendere una buona decisione su una questione bisogna avere una buona conoscenza della questione medesima”<sup>723</sup>.

E’ chiaro infatti che solamente in caso di decisioni fondate su dati certi, attendibili e verificabili vi è “la possibilità di comprendere le sue valutazioni in merito alla controversa modulazione degli effetti temporali delle decisioni”<sup>724</sup>.

Quello dell’utilizzo dei poteri istruttori è un nodo problematico che si estende oltre la materia economico-finanziaria: a tal fine basti considerare che la Corte costituzionale fa un utilizzo molto più scarso di statistiche o dati rispetto agli altri Tribunali costituzionali<sup>725</sup>.

E tuttavia, l’uso dei poteri istruttori non può che essere destinato a crescere in modo progressivo, soprattutto in materia di bioetica, economica e scientifica<sup>726</sup>.

L’altro ambito in cui pesa notevolmente l’assenza della conoscenza da parte della Corte costituzionale dei “fatti” riguarda le questioni di rilevanza scientifica<sup>727</sup>: si consideri, ad esempio,

---

<sup>719</sup> Cfr. G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017, 28. La pronuncia è stata preceduta dall’ord. n. 5 del febbraio 1991; cfr. T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 248.

<sup>720</sup> Si consideri, a proposito della rilevanza dei fatti nel giudizio costituzionale, la sent. n. 96 del 1981. Cfr. M. AINIS, *Sul rilievo dei “fatti” nel giudizio di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010.

<sup>721</sup> ZANON, p. 355.

<sup>722</sup> Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 355, con riferimento, nello specifico, alla materia finanziaria.

<sup>723</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 72.

<sup>724</sup> Ancora una volta si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 356.

<sup>725</sup> In questo senso A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur.cost.*, 1973, 1497.

<sup>726</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 76. Con riferimento tra l’attività istruttoria della Corte e l’acquisizione dei dati scientifici si veda M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudice e legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015. Ancora, si veda R. BIN, *Relazione al Seminario Bio-Tecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 19 marzo 2004. Ancora, si veda significativamente M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 31. Per un contributo interamente dedicato al tema dei poteri istruttori e delle valutazioni tecnico scientifiche si veda A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 91 ss.

<sup>727</sup> Cfr. significativamente M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 31. Per un contributo interamente dedicato al tema dei poteri istruttori e delle valutazioni tecnico scientifiche si veda A.



la sent. n. 162 del 2014, ove i dati scientifici sulla base dei quali è stata assunta la decisione non è stata oggetto di contraddittorio nella pubblica udienza<sup>728</sup>.

Si pensi, ancora, alla “tecnicissima” sent. n. 96 del 2015 in tema di procreazione medicalmente assistita, in occasione della quale la Consulta non ha usufruito in alcun modo dell’apporto di scienziati<sup>729</sup>, così come accaduto con riferimento alla più recente sent. n. 84 del 2016: in quell’occasione la Corte costituzionale ha “rigettato la richiesta di attivare i poteri istruttori perché provenienti da da parti costitutesi tardivamente e da soggetti che non avevano acquisito la qualità di parti nel giudizio costituzionale”<sup>730</sup>.

La Consulta ha mostrato di oscillare tra la conoscenza e l’ignoranza dei dati fattuali: talvolta si è mostrata particolarmente diligente nella valutazione delle conseguenze derivanti dalle proprie decisioni, altre volte, invece, rivolge meno attenzione ai “fatti”.

Di qui, la bontà del d.d.l AS 1952/2015, il quale cerca di porre rimedio a tale giurisprudenza ondivaga<sup>731</sup>, valorizzando, come si è avuto modo di vedere, il ricorso a consulenze finanziarie<sup>732</sup>. Soprattutto con riferimento al tema della modulazione degli effetti nel tempo, importa sottolineare, più che il concreto esercizio dei poteri istruttori, il mancato esercizio degli stessi<sup>733</sup> (*rectius*, il loro utilizzo del tutto occasionale): e in effetti, “la pronuncia di ordinanze istruttorie non ha mai caratterizzato processi costituzionali relativi a *grandi casi* di diritto costituzionale o di giustizia costituzionale; nemmeno da ultimo, del resto, in presenza di fatti tanto *pressanti* da indurre la Corte ad una inedita rivisitazione dell’incidentalità (sent. n. 10/2015), detti fatti sono stati accertati con istruttoria formale”<sup>734</sup>.

#### 8. Lo spostamento del *dies a quo*: le ragioni alla base della prassi temporalmente manipolativa verso il futuro

Alla luce del timore di creare i c.d. “vuoti normativi”, la Corte costituzionale ricorre ad alcune strategie decisionali volte a spostare nel futuro il *dies a quo*, così da evitare, temporaneamente, l’adozione di una pronuncia caducatoria<sup>735</sup>; si tratta delle sentenze di incostituzionalità accertata

---

IANNUZZI, Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 91 ss.

<sup>728</sup> Cfr. ancora M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 32.

<sup>729</sup> M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 32.

<sup>730</sup> Ancora M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 32.

<sup>731</sup> M. NISTICO’, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 83.

<sup>732</sup> Così M. NISTICO’, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 84.

<sup>733</sup> Così come l’assenza di una consapevolezza rispetto alla stessa possibilità di ricorrere ai poteri istruttori. Così M. NISTICO’, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 85.

<sup>734</sup> Cfr. quanto significativamente sostenuto da M. NISTICO’, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 73.

<sup>735</sup> Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 141; così anche R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale*, cit., 460.

ma non dichiarata<sup>736</sup>, delle sentenze monitorie<sup>737</sup> e delle sentenze additive di principio<sup>738</sup>, le quali presentano, secondo modalità del tutto diverse, rilevanti analogie con le sentenze di incompatibilità tedesca.

Importa sin da subito evidenziare che tali decisioni rilevano nel presente elaborato per l'elemento del raccordo con il legislatore, divenuto un nodo problematico soprattutto con riferimento alle sentenze additive di principio (cfr. cap I par. 1).

Tanto chiarito, il limite sotteso all'utilizzo della prassi temporalmente manipolativa verso il futuro consiste nel garantire la sopravvivenza della norma accertata essere incostituzionale; eppure, tale strettoia viene evidentemente ritenuta dal Giudice costituzionale meno gravosa rispetto all'adozione di una declaratoria di incostituzionalità *tout-court*.

Più in generale è possibile sostenere che tali categorie decisionali vengono adottate qualora "la lacuna normativa che può creare la sentenza è più grave della stessa vigenza della disciplina incostituzionale"<sup>739</sup>.

Anche in questo caso, così come con riferimento alla manipolazione degli effetti nel tempo rispetto al passato, il *topos* delle conseguenze giuridiche avvicina notevolmente la Corte costituzionale al *Bundesverfassungsgericht*.

Le tipologie decisionali in questione pongono certamente meno problemi rispetto alla posizione costituzionale dei soggetti coinvolti<sup>740</sup>; i diretti destinatari non sono, infatti, i giudici (con eccezione delle

sentenze additive di principio, le quali peraltro si muovono entro il tracciato della declaratoria di incostituzionalità) bensì, lo si è appena visto, il legislatore<sup>741</sup>.

E tuttavia, come si è già avuto modo di vedere, l'inerzia legislativa procura una lesione ai diritti dei singoli in attesa di "giustizia" a fronte dell'accertamento dell'illegittimità costituzionale.

---

<sup>736</sup> Così è l'impostazione di R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 462; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 103 ss., quella di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 186-187.

<sup>737</sup> Secondo la dottrina di Cacciavillani, tale tipologia decisionale andrebbe a rappresentare una vera e propria "interpretazione selettiva" con "forte accentuazione del contenuto didascalico della sentenza". Cfr. I. CACCIAVILLANI, *Il disagio costituzionale*, CEDAM, Padova, 2001, 6. Secondo la dottrina di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 212, si tratterebbe di una forma di modulazione degli effetti nel tempo, atteso che la trattazione di moniti viene accompagnata ad una riflessione sulla possibile modifica delle norme integrative della Corte costituzionale al fine di favorire la modulazione degli effetti nel tempo.

Si consideri che la tipologia decisionale in discorso, insieme alle sentenze monitorie, costituiscono, come noto, (seppur a livello forse solamente astratto) una forma di raccordo con il legislatore in cui il Giudice delle leggi "lascia intendere di essere pronta a far luogo ad un successivo annullamento, qualora l'invito rivolto al legislatore dovesse restare inascoltato". Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 218.

<sup>738</sup> Si consideri che quest'ultima tipologia decisionale non viene inserita all'interno del novero delle decisioni temporalmente manipolative verso il futuro dalla dottrina di E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 140-142.

<sup>739</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 211.

<sup>740</sup> In questo senso si veda S. Panunzio, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti*, cit., 276.

<sup>741</sup> In tal senso anche D. Diaco, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *www.giurcost.org*, 2016, 202.

La modulazione degli effetti temporali per il futuro<sup>742</sup> può essere dettata da ragioni:

a) volte alla tutela dell'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>743</sup>, quali la necessità di prevenire, appunto, vuoti legislativi o la “compromissione della necessaria garanzia di diritti costituzionali”<sup>744</sup>;

b) di natura economico-finanziaria<sup>745</sup>. In questo senso rileva il raffronto con le decisioni di incompatibilità tedesca, le quali vengono spesso adottate al fine di “ammorbidire” le conseguenze che potrebbero derivare dall'adozione di una sentenza di nullità<sup>746</sup>.

c) tese alla salvaguardia della discrezionalità legislativa<sup>747</sup>.

Quello che interessa sottolineare nel presente lavoro, consiste nel fatto che la prassi temporalmente manipolativa verso il futuro interessa in particolar modo il dialogo con il legislatore, il quale contraddistingue in modo particolare l'esperienza temporalmente manipolativa del *BVerfG*.

#### *9. Gli strumenti volti a spostare nel futuro il dies a quo: le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*

Come ha avuto modo di scrivere la dottrina, una delle tipologie decisionali adottate al fine di spostare nel futuro il *dies a quo* consiste nella pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (altrimenti denominata sentenza di rigetto o di inammissibilità con accertamento di incostituzionalità) - comprensiva, nel caso in cui siano particolarmente “forti i toni”, delle sentenze monitorie<sup>748</sup>.

Tale tipologia decisionale rileva soprattutto in ragione della vicinanza con le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

---

<sup>742</sup> In tal senso si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., e D. DIACO, *Gli effetti temporali*, cit., 202; ancora, si veda A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1992, II, 3199.

<sup>743</sup> M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2010.

<sup>744</sup> Sul punto si veda G. AMOROSO-G. PARDODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 425, i quali però non sembrano operare una differenziazione tra manipolazione degli effetti nel passato o nel futuro. Peraltro, con riferimento alla eventuale lesione di diritti costituzionalmente garantiti sembra rilevare l'ord. n. 207 del 2018. Ancora, si veda G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, 1.

<sup>745</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 463.

<sup>746</sup> Cfr. ancora R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 463 e E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, cit., 82.

<sup>747</sup> M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie*, cit. Cfr. anche G. AMOROSO-G. PARDODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 425.

<sup>748</sup> Cfr. ancora M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie*, cit. sulla somiglianza sulla tipologia decisionale in discorso e le sentenze monitorie si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 200, 88-89.

Esse sono volte a favorire, di fatto, “un’eliminazione non retroattiva della norma già riconosciuta (ma non dichiarata) incostituzionale”<sup>749</sup>.

Interessante rilevare che il rispetto della discrezionalità legislativa<sup>750</sup> contraddistingue (seppur secondo una modalità del tutto *sui generis*) le decisioni di incompatibilità, le quali, al pari delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, spostano nel futuro il *dies quo*, intervenendo nell’arco temporale corrispondente al futuro<sup>751</sup>.

Proprio la *ratio* sottesa a tale tipologia di decisioni ha portato parte della dottrina a porre in evidenza alcune rilevanti criticità, quali la deroga al principio di rigidità costituzionale (in quanto non fa discendere l’illegittimità costituzionale dalla norma che è stata oggetto di accertamento quanto all’esistenza di un vizio di legittimità costituzionale), l’assenza di qualsivoglia considerazione della condizione dei giudici (portati a ribellarsi alla pronuncia in ragione della sua “intrinseca” contraddittorietà, ove l’illegittimità - chiara - non viene - chiaramente - dichiarata) e dei relativi processi<sup>752</sup>. Secondo altra parte della dottrina, tale tipologia decisionale, connotata da una forte discrasia tra la parte motiva e la decisione, non potrebbe rientrare a pieno titolo nella categoria delle pronunce temporalmente manipolative, atteso che, di fatto, il Giudice delle leggi “omette” di dichiarare nel dispositivo l’incostituzionalità della disciplina normativa sottoposta al suo giudizio<sup>753</sup>.

Cionondimeno essa si inserisce pienamente nell’opera di bilanciamento tra “valori” operata dalla Corte costituzionale, al di là quindi dell’adozione di ragionamenti di natura puramente

---

<sup>749</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 257.

<sup>750</sup> Si vedano, a titolo di esempio, le sent. nn. 25 del 1984, 270 del 1986, 92 del 1992, 125 del 1992, 453 del 1992, 57 del 1993 e 133 del 1993. *Contra* la sent. n. 284 del 1995, in occasione della quale il Giudice delle leggi afferma, in tema di modifiche al sistema penale, che: “Rimane riservato al legislatore, nel rispetto del principio di ragionevolezza e degli altri principii costituzionali, il compito di apprestare una disciplina adegui il regime delle sanzioni sostitutive sia alle peculiari finalità rieducative della pena militare sia al particolare status del condannato. Un intervento divenuto ormai davvero indifferibile anche in vista di non determinare, in conseguenza del vuoto normativo, una nuova disparità di trattamento, questa volta a favore dei militari e non certo addebitabile al decum della Corte”. Cfr. cons. in dir. n. 6.

<sup>751</sup> Sul punto molto critico è Bergonzini, il quale ha manifestato rilevanti dubbi in punto di rispetto da parte della Corte costituzionale della discrezionalità del legislatore. Nello specifico, secondo l’Autore la giurisprudenza avrebbe ampiamente superato il significato dell’art. 28 della l. n. 87 del 1953 mediante l’utilizzo del giudizio di ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità, congruità e logicità. Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 406.

Ancora, sul punto si veda S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2015, 54, ove afferma che “da un punto strettamente giuridico, la Corte ha un solo limite: la Costituzione. Come ha scritto Cheli, la norma della legge n. 87 del 1953 sul potere discrezionale del Parlamento è un errore e va considerata come non scritta”.

<sup>752</sup> Si veda in questo senso A. RUGGERI, *Storia di un conflitto partito fra enti ed “arrivato” tra poteri (Il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 65 e ss.

<sup>753</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 285.

sillogistica,<sup>754</sup> ove la norma ritenuta incompatibile con il dettato costituzionale deve essere, ora per allora, dichiarata incostituzionale<sup>755</sup>.

In altre parole, qualora dalla pronuncia derivi un “vuoto che appare un ‘rimedio peggiore del male’”, allora la Corte costituzionale è solita fare ricorso alla declaratoria di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>756</sup>.

Le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>757</sup> possono essere adottate al fine di tutelare l'ordinamento giuridico nel suo complesso, onde lasciare, ad esempio, situazioni del tutto sguarnite di una disciplina normativa<sup>758</sup> e, quindi, creare vuoti ordinamentali; a tal fine, talvolta, il Giudice delle leggi “degrada” una disciplina stabile da tempo in contrasto con la Costituzione ad una disciplina di natura temporanea<sup>759</sup>.

Esse vengono altresì adottate, come si accennava all'inizio del presente paragrafo, al fine di rispettare la discrezionalità legislativa, qualora la Corte costituzionale non possa intervenire nel merito della questione in ragione dell'assenza di quelle che sono state chiamate da Crisafulli le “rime obbligate”<sup>760</sup>; talvolta vengono addotte entrambe le categorie di ragioni, laddove tuttavia

---

<sup>754</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 461.

<sup>755</sup> In questo senso rileva l'interessante monografia di Ruotolo, dedicata, come deducibile dal titolo stesso, alla dimensione temporale dell'invalidità di una norma; cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit. 257.

<sup>756</sup> Cfr. G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3.

<sup>757</sup> “Tra le più importanti e singolari in assoluto fra le pronunce della Corte”; cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 212.

<sup>758</sup> Pe fare qualche esempio, si consideri la sent. n. 125 del 1992, ove la Corte costituzionale, nell'adottare un dispositivo di inammissibilità in tema di norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, ha fatto esplicito riferimento, in punto di motivazione, da un lato all'esigenza di lasciare al legislatore l'opera di regolamentazione della disciplina *sub iudice* nell'esercizio della sua discrezionalità, dall'altro, e questo è ciò che più interessa, al fatto che un accoglimento della questione di legittimità costituzionale “condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essi, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione. Ma a tale conclusione si dovrebbe pur sempre giungere - non potendosi mantenere più a lungo nell'ordinamento una norma ai limiti della incostituzionalità - ove il legislatore non provvedesse tempestivamente a varare una normativa in materia, conforme ai principi costituzionali, alla luce dei criteri sopraindicati?”; più recentemente, si consideri la sentenza n. 61 del 2006, in occasione della quale la Corte costituzionale, nell'adottare un dispositivo di inammissibilità in tema di regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, ha ritenuto di non adottare un dispositivo caducatorio “[...] tenuto conto del vuoto di regole che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella ordinanza di rimessione, nemmeno una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia”; ancora, si consideri la sent. n. 212 del 1986, ove il Giudice delle leggi ha ritenuto di affermare, in tema di pubblicità delle udienze nelle commissioni tributarie, il necessario intervento del legislatore al fine di evitare il verificarsi di “gravi conseguenze”: “risultando definitivamente consolidati l'opinione dottrinale e l'orientamento della giurisprudenza sulla natura giurisdizionale delle predette commissioni, non potrebbe ritenersi consentita un'ulteriore protrazione della disciplina attuale: per contro, è assolutamente indispensabile, al fine di evitare gravi conseguenze, che il legislatore prontamente intervenga onde adeguare il processo tributario all'art. 101 Cost., correttamente interpretato”.

<sup>759</sup> Cfr. la sentenza n. 212 del 1986, ove la Corte costituzionale, nonostante il vuoto legislativo in tema di radiotelevisione, aveva ritenuto di salvare la disciplina; cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., 93. Ancora, significativa in tal senso sono le sentt. nn. 67 del 1984, 212 del 1986, 431 del 1987 e 826 del 1988.

<sup>760</sup> A titolo indicativo si consideri la sent. n. 145 del 2007, sempre in tema di regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in cui la Corte costituzionale, sulla (parziale) falsa riga della sentenza n. 61 del 2006, ha nuovamente fatto appello all'impossibilità di invadere la sfera discrezionale del legislatore, (ri)affermando che “l'intervento richiesto impone una operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri”. Ancora, si considerino le sentt. nn. 466 del 2002, 18 del 2003 e ora 61 del 2006.

il riferimento alla discrezionalità legislativa maschera, in realtà, il timore di un vuoto normativo<sup>761</sup>.

Infine, si possono porre anche ragioni di natura squisitamente finanziaria alla base della mancata dichiarazione dell'illegittimità costituzionale, pur a fronte dell'intervenuto accertamento di una specifica disciplina costituzionale.<sup>762</sup>

Come si accennava *supra*, le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata sono del tutto simili - quanto alla *ratio* - alle decisioni di incompatibilità tedesche<sup>763</sup>, le quali, come si vedrà nel prossimo capitolo, vengono adottate alla luce di svariate ragioni (le quali si possono anche sommare tra loro) e che tuttavia sembrano avvicinarsi molto ai *topoi* su cui si fondano le tipologie decisionali in discorso<sup>764</sup>.

La differenza - fondamentale - tra le due strategie decisionali (e che rileva, come si vedrà, con riferimento all'ordinanza "Cappato") consiste però nel fatto che, mentre nel caso delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata la norma non viene (logicamente) dichiarata incostituzionale, nel caso delle sentenze di incompatibilità la norma viene dichiarata incompatibile (ma non nulla) in ragione dell'assenza di una "manipolativa-additiva a "rime obbligate"<sup>765</sup>.

Pertanto, con riferimento alle seconde si assiste ad una sanzione "manifesta" (*rectius* "dichiarata") nei confronti del vizio di legittimità costituzionale; nel caso delle prime, invece, l'intervento del legislatore<sup>766</sup> viene invocato a fronte di una pronuncia di inammissibilità o di manifesta infondatezza.

Come a dire, le decisioni di incompatibilità tedesche sembrerebbero rispondere maggiormente a coerenza, se non altro, come acutamente posto in evidenza da autorevole dottrina, con

---

<sup>761</sup> Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., 92.

<sup>762</sup> Sul punto si veda la recente sent. n. 155 del 2015, ove il Giudice delle leggi ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dalle Regioni ricorrenti nonostante lo Stato avesse violato il principio di leale collaborazione, adducendo il mancato bilanciamento legislativo al fine di non entrare nel merito della questione, circostanza che avrebbe determinato gravose conseguenze finanziarie. La dottrina si riferisce all'utilizzo "non tradizionale" del bilanciamento in questione; cfr. C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, cit., 14. Le ragioni di tipo economico finanziario poste alla base di tale decisione sono state messe in luce anche da R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 463.

Meno recentemente, si veda anche la sent. n. 358 del 1985, in cui la Corte costituzionale sembra avere fatto uso della medesima *ratio*; cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 463, nota n. 98.

Interessante notare che il Giudice delle leggi, nella sentenza n. 280 del 2016, ha "confessato" l'accertamento dell'incostituzionalità intervenuto nella sent. n. 155/2015, affermando che "Nella sentenza n. 155/2015 questa Corte si è limitata ad accertare il mancato rispetto del metodo pattizio tra Stato ed autonomie speciali per quel che riguarda il riparto cfr. punto 2 Cosn. in dir.

<sup>763</sup> A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 213.

<sup>764</sup> Molto chiara sul punto è la disamina di Rörig. Cfr. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2018, 34.

<sup>765</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 213.

<sup>766</sup> L'unico competente a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale.



riferimento al rapporto con i giudici<sup>767</sup>: a questi ultimi non viene richiesto di fare applicazione della norma accertata incostituzionale a fronte dell'appello "di riforma" indirizzato al legislatore<sup>768</sup>.

E tuttavia le *Unvereinbarkeitserklärungen* possono essere contraddistinte da un obbligo peculiare gravante in capo al giudice, vale a dire quello di continuare a fare applicazione della norma dichiarata (e non solamente accertata) incostituzionale fino al futuro intervento legislativo.

In questo caso, quindi, il risultato pare essere il medesimo.

Quel che rileva è che la dottrina ha più volte sottolineato l'"inutilità" di tali tipologie decisionali<sup>769</sup>, e ciò da un lato alla luce dell'inerzia legislativa, e, dall'altro, alla luce del "connaturato squilibrio a favore del principio della continuità"<sup>770</sup>, il quale sottintende un pericoloso disconoscimento del carattere di pregiudizialità che riveste il dubbio di legittimità costituzionale<sup>771</sup>.

Sulla tipologia si è recentemente molto discusso, in ragione del fatto che l'ord. n. 207 del 2018 è stata qualificata, non in senso unanime, nel senso di una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>772</sup>.

Vista la grandezza numerica delle pronunce rientranti nella prassi in discorso, per ragioni di economia non si procederà ad un approccio casistico; e purtuttavia si cercherà di evidenziarne sinteticamente la *ratio*, prendendo in considerazione i casi giurisprudenziali di maggiore interesse.

Il profilo che più interessa è infatti quello relativo ad un'efficace raccordo tra Corte costituzionale e legislatore, atteso che, in caso contrario, a nulla varrebbe la *ratio* di tale tipologia decisionale, figlia di un bilanciamento tra i diversi principi costituzionali in gioco<sup>773</sup>.

Tanto chiarito, del tutto significative (seppur risalenti) sono le sentt. nn. 67 del 1984, 212 del 1986<sup>774</sup>.

Con riferimento alla prima sentenza, in tema di ordinamento giudiziario militare di pace, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'inaammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, primo comma, 2 periodo, della legge 7 maggio 1981, n. 180 ("modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace") per "l'evidente incertezza che dalla prospettazione deriva sul petitum".

---

<sup>767</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 213, fanno riferimento ad una tipologia decisionale "scorretta".

<sup>768</sup> Ancora, si veda A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 213.

<sup>769</sup> Atteso anche il carattere meramente monitorio di tale tipologia decisionale.

<sup>770</sup> Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 257.

<sup>771</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità*, cit., 464.

<sup>772</sup> Sul punto si veda C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali*, cit., 4.

<sup>773</sup> In questo senso rilevano le sentt. nn. 467 del 1991 e 125, 256 del 1992.

<sup>774</sup> Analoghe nella *ratio* sono altresì le sentt. nn. 431 del 1987 (in tema di formazione del bilancio) e 826 del 1988 (in tema di radiotelediffusione).

La questione di legittimità costituzionale verteva sulla legge 7 maggio 1981, n. 180, in relazione all'art. 108, comma secondo, Cost.: “il legislatore non aveva ancora provveduto all’attuazione della legge (vale a dire alla costituzione dell’organo di autogoverno della magistratura militare) alla data del giudizio *a quo*.”

Nonostante l'intervenuta inammissibilità, la Corte costituzionale accoglie le doglianze del giudice rimettente: “ora, essendo ampiamente ed inutilmente trascorso ben più di un anno dall'entrata in vigore della legge in parola, non può dirsi che sia priva di ogni validità la doglianza del giudice a quo per tal fatto - indipendentemente dalla questione se trattasi di termine ordinatorio o perentorio -, specie considerando la formulazione particolarmente energica (“non più di un anno”) ed il carattere di urgenza attribuito alla legge, di cui deve ritenersi che non senza ragione venne disposta l'entrata in vigore “il giorno successivo a quello della sua pubblicazione”. E si deve conseguentemente affermare che il legislatore è tenuto, attuando l'art. 15 della legge n. 180 del 1981, ad assolvere senza ulteriori indugi l'impegno di creare l'organo che effettivamente assicuri l'indipendenza della giurisdizione militare”.

Chiaro è, in questo caso, che il Giudice delle leggi ha ritenuto di adottare una pronuncia di rigetto con accertamento di incostituzionalità, che rientra nel novero delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>775</sup>.

In occasione della sent. n. 212 del 1986, in tema di revisione del contenzioso tributario, il giudice *a quo* aveva censurato l'assenza della previsione della pubblicità rispetto alle relative udienze: il Giudice delle leggi, pur giustificando l'inerzia del legislatore<sup>776</sup>, affermava tuttavia: “[M]a ormai, risultando definitivamente consolidati l'opinione dottrinale e l'orientamento della giurisprudenza sulla natura giurisdizionale delle predette commissioni, non potrebbe ritenersi consentita un'ulteriore protrazione della disciplina attuale: per contro, è assolutamente indispensabile, al fine di evitare gravi conseguenze, che il legislatore prontamente intervenga onde adeguare il processo tributario all'art. 101 Cost., correttamente interpretato”<sup>777</sup>.

Rilevante è anche la sentenza n. 23 del 2013, in occasione della quale la Consulta aveva giudicato sulla questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 159, primo comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva “la sospensione del corso della prescrizione anche in presenza delle condizioni di cui agli artt. 71 e 72 c.p.p., laddove si accertata l'irreversibilità

---

<sup>775</sup> Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 462.

<sup>776</sup> Così la Corte costituzionale: “Soltanto dopo l'entrata in vigore del d.P.R. ora ricordato la tendenza cominciò a cambiare (la sentenza di questa Corte che riconobbe il carattere giurisdizionale delle Commissioni è posteriore di più di due anni, in quanto è del 19 dicembre 1974); sicché anche la successiva inerzia del legislatore può ritenersi giustificata dall'opportunità di attendere l'evoluzione ed il consolidamento del nuovo orientamento; ed è significativo che in occasione del c.d. “decreto correttivo” n. 739 del 1981 venne formulata una norma diretta ad adattare il processo tributario al suddetto principio costituzionale, eliminando dalla previsione del cit. art. 39 l'esclusione dell'art. 128 cod. proc. civ.; e tuttavia, nonostante il parere favorevole della Commissione parlamentare, in sede di formulazione definitiva il testo dell'art. 39 non venne modificato”. Cfr. Cons. in dir. 6.

<sup>777</sup> Cfr. Cons. in dir. 6.

dell'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo", e, pur in assenza di rime obbligate aveva proposto - non senza un monito<sup>778</sup> - "diverse soluzioni equivalenti quanto al risultato, lasciando al legislatore la valutazione discrezionale finale"<sup>779</sup>.

Quanto alle diverse soluzioni propste al legislatore, si consideri quanto dichiarato dalla Consulta al Cons.in dir. al p.to 3.2: "Si potrebbe ad esempio – tra le numerose soluzioni ipotizzabili – introdurre il rimedio radicale della pronuncia di una sentenza che, a seguito di prognosi di irreversibilità dell'infermità mentale dell'imputato, dichiari l'impromovibilità o improcedibilità dell'azione, con possibilità di revoca nel caso in cui, prima della maturazione dei termini prescrizionali, tale prognosi fosse smentita. Si potrebbe, con più gradualità, prevedere invece il compimento di un dato numero di accertamenti ai sensi dell'art. 72 cod. proc. pen., ovvero la decorrenza di una data frazione del termine prescrizionale, prima della declaratoria di cui all'art. 129 cod. proc. pen.

Si tratta di scelte equivalenti quanto al risultato finale, e cioè il superamento della rilevata incongruenza, ma diverse quanto all'iter da seguire per definire la situazione sostanziale e processuale dell'imputato, nei cui confronti sia stata accertata l'irreversibile incapacità di partecipare in modo cosciente al procedimento. Ad ognuna di esse corrispondono valutazioni discrezionali, inerenti al rapporto tra mezzi e fine, che non competono a questa Corte, ma al legislatore".

Come forse è possibile intuire, tali decisioni sono state adottate quasi in concomitanza con l'adozione delle primissime decisioni temporalmente manipolative<sup>780</sup>.

Si accennava in apertura al presente paragrafo all'ord. n. 207 del 2018.

Tale pronuncia, pur potendo sembrare *ictu oculi* una pronucia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, da un punto di vista squisitamente tecnico se ne allontana, poiché il Giudice costituzionale "dispone il rinvio della discussione per motivi di merito e non, come di consueto, per ragioni processuali, dando un tempo contingentato al Parlamento per intervenire [...]"<sup>781</sup>, e ciò in ragione dell'esigenza percepita dalla Corte costituzionale di tutelare diritti fondamentali, i quali sembrano avere svolto un "criterio orientatore" verso la scelta di fare leva sui "poteri di gestione" del processo costituzionale, così istituendo un canale comunicativo con il legislatore. Tale pronuncia potrebbe rientrare (a pieno titolo, in realtà), entro il novero di quelle strategie che la Consulta adotta al fine di prevenire il problema di un impatto eccessivo della declaratoria

---

<sup>778</sup> Dichiarò la Corte costituzionale: "nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierna questione - dovuta al rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario - questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia". Come sottolineato dalla dottrina, il monito in questione "appare insolitamente deciso". Cfr. G. LEO, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.

<sup>779</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 213.

<sup>780</sup> In questo senso si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità*, cit., 462.

<sup>781</sup> Cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali*, cit., 4.

di incostituzionalità: in tale occasione la Corte costituzionale ha dilatato, di fatto, i tempi del processo costituzionale, così lasciando agli organi legislativi la possibilità (o, meglio, il dovere) di intervenire sulla disciplina “*sub iudice* prima del prodursi degli effetti di una declaratoria di incostituzionalità”<sup>782</sup>.

### 9.1. *Lo spostamento del dies a quo: le sentenze additive di principio*

Le sentenze additive di principio presentano la caratteristica di dialogare non solo con il legislatore, ma anche con i giudici.

Il rapporto tra Giudice costituzionale e giudici in punto di modulazione degli effetti temporali è stato studiato da attenta dottrina all’inizio degli anni novanta: interessante è evidenziare come le “politiche” del Giudice costituzionale influenzino il potere giudiziario<sup>783</sup>.

I giudici, sulla base del principio individuato dal Giudice delle leggi, dovrebbero essere guidati a “colmare la lacuna incostituzionale in sede di definizione delle controversie loro sottoposte”<sup>784</sup>; e infatti è stato affermato dalla dottrina che il bilanciamento degli interessi in gioco non viene fissato una volta per tutte dalla Corte costituzionale, ma anche dal giudice o dalla pubblica amministrazione<sup>785</sup>.

Le sentenze additive di principio fanno parte, così come affermato da autorevole dottrina, “di un diritto processuale non scritto”<sup>786</sup>, di fonte giurisprudenziale, ancora da ultimo evocato dalla Corte in tema di effetti della dichiarazione di incostituzionalità, anche con il riferimento di espliciti riferimenti comparatistici”<sup>787</sup>.

Tale tipologia decisionale viene adottata qualora la Corte costituzionale si trovi dinnanzi alla necessità di dichiarare l’illegittimità costituzionale di una norma salvaguardando la discrezionalità del legislatore<sup>788</sup>, alla luce dell’“l’assenza di immediati innesti normativi, che

---

<sup>782</sup> Così R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità*, cit., 458.

<sup>783</sup> M. D’AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, 41.

<sup>784</sup> Cfr. le sentenze n. 560/1987; 406 e 497/1988; 420 e 421 /1991; 88/1992; 288/1994; 284/1995; 143/1997; 179/1999; 158 e 411/2001; 148/2003; 385/2005; 160/2008; 113/2011.

<sup>785</sup> C. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 168.

<sup>786</sup> Spesso conseguente all’adozione di una prima decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, in quanto la necessità di rispettare la sfera discrezionale del Parlamento permane. In questo senso L. PESOLE, *L’inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur.cost.*, 1994, I, 411. Sul punto si veda anche G. SORRENTI, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesplorato ma sussistente*, cit., 16.

<sup>787</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in [www.romatrepress.uniroma3.it](http://www.romatrepress.uniroma3.it), 2018, 387.

<sup>788</sup> Tanto è vero che il dispositivo generico della sentenza additiva di principio è in tal senso qualificabile in ragione della pluralità di “addizioni idonee a ristabilire la legittimità costituzionale, tra loro fungibili in quanto compatibili con i principi che si tratti di attuare in conformità alle indicazioni impartite nella motivazione della sentenza”. Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 418.

potrebbero risultare problematici sotto il profilo delle conseguenze pratiche, ad esempio, e in particolare, di ordine finanziario”<sup>789</sup>.

Con riferimento alla salvaguardia della discrezionalità legislativa, la dottrina ha affermato che il dispositivo generico (a differenza di quelle che sono state definite le sentenze additive di principio di prima generazione, connotate, al contrario, dalla presenza di regole) è formulato dal Giudice delle leggi proprio al fine di lasciare al legislatore la scelta delle “pluralità di addizioni idonee a ristabilire la legittimità costituzionale”<sup>790</sup>.

Allo stesso modo, anche le sentenze di rigetto di tipo interpretativo sono adottate dal Giudice delle leggi alla luce dell’apparente coesistenza di una pluralità di soluzioni possibili, con la finalità di “indicare soluzioni interpretative conformi a Costituzione idonee a evitare l’emergere della lacuna incostituzionale”, così come alle sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa<sup>791</sup>.

Il Giudice delle leggi allontana quindi nel tempo la dichiarazione di illegittimità costituzionale facendo uso delle sentenze additive di principio, in origine chiamate “sentenze meccanismo”<sup>792</sup>, elaborate alla luce della scarsa vincolatività scaturente dal meccanismo della doppia pronuncia<sup>793</sup>, foriere, di fatto, di esiti insoddisfacenti<sup>794</sup>.

E’ interessante notare che recente dottrina ha rilevato come la tipologia decisionale in questione sia fungibile rispetto alle decisioni limitative degli effetti temporali: in altri termini, quindi, alla base dell’adozione di una simile tipologia decisionale (la quale, lo si ricorda, accoglie la questione, ma cerca di ridurre l’impatto provocato di fatto dalla declaratoria di incostituzionalità) vi è *l’horror vacui*, il timore della lacuna che viene percepito dalla Corte costituzionale quando via sia l’avvertenza che “il *posterius*” possa risultare “più incostituzionale del *prius*”<sup>795</sup>, oltre che la necessità di salvaguardare la sfera discrezionale del legislatore<sup>796</sup>.

I *topoi* applicativi sembrano coincidere del tutto con quelli che si pongono alla base delle decisioni di incompatibilità tedesche, e ciò rileva al fine di vagliare, in sede di conclusioni, la *bontà* del meccanismo sotteso ad esse con peculiare riferimento alla giustizia costituzionale italiana.

---

<sup>789</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 387.

<sup>790</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 388.

<sup>791</sup> Si veda Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 418.

<sup>792</sup> Cfr. le prime pronunce nn. 215 del 1987, 560 del 1987, 406 del 1988 e 497 del 1988.

<sup>793</sup> Ciò in ragione del fatto che la tecnica della doppia pronuncia, “anche per i problemi connessi alle decisioni di rigetto *tout-court*, non contemplate dall’art. 136 della Costituzione” non esplica “alcun effetto dirompente” sull’inerzia legislativa. Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 261.

<sup>794</sup> F. POLITI, *Gli effetti nel tempo*, cit., 304.

<sup>795</sup> Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce*, cit., 425.

<sup>796</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 520.

Si permetta una premessa teorica: la funzione delle sentenze additive di principio, similmente alle *Unvereinbarkeitserklärungen*<sup>797</sup>, le quali parimenti dichiarano l'illegittimità costituzionale della norma viziata, consiste nella graduazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità per il tramite della “neutralizzazione dell'efficacia caducatoria o additiva della dichiarazione di incostituzionalità”<sup>798</sup>, raggiunta di fatto attraverso una forma di dialogo tra Corte, giudici<sup>799</sup> e legislatore, in capo al quale nasce un obbligo di riforma - volendo mutuare un'espressione, la c.d. *Nachbesserungspflicht* - ricorrente nell'esperienza tedesca<sup>800</sup>.

Il meccanismo, come noto, è il seguente: il Giudice costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma e indica al legislatore un principio - talvolta generalissimo - in base al quale il vuoto normativo deve necessariamente essere colmato<sup>801</sup>.

L'efficacia dell'utilizzo di tale strumento decisionale è relativo; vi sono infatti decisioni additive di principio il cui - appunto - principio è “agilmente” integrato dai giudici<sup>802</sup>, e pronunce, invece, dialoganti con il *solo* legislatore,<sup>803</sup> poiché indicano un principio a tal punto generico da risultare difficilmente applicabile dai giudici; l'impossibilità patologica per i giudici di fare “giustizia” corrisponde, come si vedrà, alla necessità fisiologica da parte degli operatori del diritto di non fare applicazione della norma dichiarata *unvereinbar* prima dell'intervento del legislatore.

La dottrina ha affermato che le sentenze additive di principio (quando di natura auto-applicativa) in realtà non conoscono un intervento salvifico *tout-court*, in quanto “il legislatore non potrebbe che ribadire quanto già disposto direttamente dalla Corte, salvo il caso di una riforma generale e complessiva della disciplina [...] per questa ragione [...] le pronunce in discorso spingono il

---

<sup>797</sup> Si veda la somiglianza esistente, a titolo di esempio, tra la sent. n. 170 del 2014 in tema di “matrimonio omosessuale” e l'ord. del 27 maggio 2008 BvL 10/05 ove è stata dichiarata la mera incompatibilità del *Transsexuellengesetz*. Si veda a tal proposito C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 10, nota 32. Si veda anche M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 43.

<sup>798</sup> M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 263.

<sup>799</sup> Interessante notare che sono Bergonzini le forme di dissenso manifestate dai giudici rispetto alle decisioni della Corte costituzionale “meriterebbero di essere apprezzate come salutari e fisiologiche”. Cfr. G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema costituzionale*, cit., 406. Sul tema della giustizia costituzionale e il coinvolgimento del giudice a quo in un'ottica di collaborazione quanto, nello specifico, alla risoluzione dell'incidente di costituzionalità si veda F. MODUGNO - P. CARNEVALE, *Sentenza additive, “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta di addizione*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, 341 ss.

<sup>800</sup> Si veda G. AMOROSO-R. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 420. Ancora, sul punto si veda C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 8.

<sup>801</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza*, cit., 380.

<sup>802</sup> Come ha affermato la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 295 del 1991, al p.to 3 del cons. in. dir.: “La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa - com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo - mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”.

<sup>803</sup> Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., 128.



Parlamento (o i Consigli regionali) ai margini del circuito di produzione normativa, facendo poggiare l'intera operazione esclusivamente sull'asse Corte-giudici”<sup>804</sup>.

E tuttavia vi sono sentenze additive di principio in cui il Parlamento viene fortemente sollecitato ad intervenire per la realizzazione del principio indicato dalla Corte costituzionale<sup>805</sup>: in caso di inerzia legislativa, la scelta verrà operata a “livello giurisprudenziale”<sup>806</sup>.

Più in generale, si può dire che l'effettività di tale tipologia decisionale dipenda da un lato dalla tempestività dell'intervento del legislatore, e dall'altro dalla corretta applicazione del principio individuato dalla Corte costituzionale<sup>807</sup>.

La tipologia decisionale in discorso assume una rilevanza del tutto “problematica” nel sistema incidentale quanto agli effetti nel giudizio *a quo*: talvolta infatti il principio individuato dalla Consulta è talmente generale che non risulta possibile allo stesso “fare giustizia”<sup>808</sup>, nonostante il giudice debba comunque fornire risposta nel caso concreto<sup>809</sup>.

Di qui la vicinanza, ancora una volta, tra le pronunce additive di principio a dispositivo generico e le decisioni di “incompatibilità pura”, contraddistinte dalla declaratoria dell'incompatibilità della norma incompatibile e dall'ordine di sospensione del processo a quo e dei processi in cui rileva la norma stessa.

La differenza, però, consiste nel fatto che, con riferimento alle prime, i giudici non potrebbero che applicare la disciplina rimasta in vigore a meno di non atteggiarsi in modo del tutto arbitrario quanto all'applicazione del principio fornito dalla Corte costituzionale, mentre, con riferimento alle decisioni di incompatibilità “pura”, il blocco di applicazione della norma dichiarata incompatibile viene direttamente disposto dallo stesso *BVerfG* (viceversa, nel caso della variante decisionale contraddistinta dalla *weitere Anwendbarkeit*, l'applicazione della norma dichiarata incompatibile diviene oggetto specifico di un obbligo gravante in capo ai giudici).

---

<sup>804</sup> C. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 169.

<sup>805</sup> Così R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 521.

<sup>806</sup> Così R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 521. Si veda in questo senso la sent. n. 295 del 1991, in cui il Giudice costituzionale afferma che la “dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa (...) somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”.

<sup>807</sup> Si veda in questo senso M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur.cost.*, 1999, 221, a commento della sent. n. 26 del 1999 in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono ristretti nella libertà personale. Viene dichiarata l'illegittimità incostituzionale della mancata previsione di simili forme di tutela ma, al tempo stesso, la Corte costituzionale ravvisa l'impossibilità di individuare “una norma e una procedura giurisdizionale che la Corte stessa sia abilitata a estendere e generalizzare” Così M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., 204.

<sup>808</sup> Si veda sul punto A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile? (a prima lettura di Cass. I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta Online*, 2015, 309.

<sup>809</sup> Sul punto si vedano le sentt. nn. 26 del 1999 e 278 del 2013.

Nella presenete sede interessa un'interessante classificazione operata da un attento studioso delle sentenze additive di principio, il quale ha suddiviso le decisioni a dispositivo generico in due gruppi di decisioni.

Quelle idonee a fornire agli organi dell'applicazione gli strumenti "di integrazione necessari per reperire in via interinale la regola del caso concreto" e quelle dalle quali nasce di fatto una lacuna tecnica, "non riparabile ad opera dell'interprete"<sup>810</sup>.

Più in generale, il rischio sotteso alle sentenze additive di principio non immediatamente applicabili consiste nell'attenuazione degli effetti delle sentenze di accoglimento<sup>811</sup>, oltre che nell'inverarsi del paradosso alla luce del quale, nonostante l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità della disciplina nella parte in cui "non prevede qualcosa", ai giudici non resterebbe che fare applicazione della "disciplina esaminata dalla Corte che è rimasta in vigore"<sup>812</sup>.

In questo senso, il contesto giurisdizionale è quello che contraddistingue la situazione giuridica conseguente all'adozione di una sentenza di incompatibilità tedesca contraddistinta dall'ordine di applicazione della norma incostituzionale, atteso che l'efficacia della decisione è condizionata al futuro intervento del legislatore, con ciò profilandosi un tratto tipico della prassi temporalmente manipolativa.

A questo punto si analizzeranno tre pronunce additive di principio contraddistinte da un dispositivo generico<sup>813</sup> particolarmente problematico, e quindi, di fatto, "temporalmente manipolativo".

Una sentenza additiva di principio<sup>814</sup> (pienamente rientrante per le conseguenze da essa discendenti nelle decisioni temporalmente manipolative per il futuro<sup>815</sup>) che ha presentato rilevanti nodi critici è la sent. n. 243 del 1993<sup>816</sup> in tema di liquidazione dei dipendenti statali, contraddistinta da due profili di rilievo<sup>817</sup>: l'indicazione dei principi che il legislatore era tenuto

---

<sup>810</sup> Così l'autorevole dottrina di G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 106.

<sup>811</sup> Cfr. in questo senso S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 385.

<sup>812</sup> Si veda ancora S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 385.

<sup>813</sup> Le quali, lo si ricorda, sono caratterizzate da un'indeterminatezza e genericità intenzionali del dispositivo.

<sup>814</sup> Intervenuta in seguito a una serie considerevole di pronunce monitorie (di infondatezza e di inammissibilità) sulla stessa questione. Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 94 ss.

<sup>815</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 393. Sul punto si veda, *amplius*, A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di) F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, I "vincoli" alla funzione legislativa, Milano, 1999.

<sup>816</sup> Qualificata dalla dottrina nel senso di un nuovo modello decisionale. Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur.cost.*, cit., 1805 e 1810 e A. PIZZORUSSO, *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?* Il Corriere Giuridico, 1993, 773. Seguono alla pronuncia in questione le seguenti sentenze additive di principio, del tutto simili alla sent. n. 243 del 1993 quanto alla struttura: la sent. n. 218 del 1994 in tema di accertamenti diagnostici obbligatori e la sent. n. 284 del 1995 in materia di sanzioni sostitutive. Hanno preceduto invece - sempre negli anni novanta - la pronuncia in esame le sentt. nn. 277 del 1991, 421 del 1991, 88 del 1992 1 204 e 323 del 1992.

<sup>817</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur.cost.*, cit., 1805 e 1810.

a seguire (e ciò nel pieno rispetto della discrezionalità del legislatore<sup>818</sup>) e la presenza di un termine, forse l'elemento più appariscente<sup>819</sup>.

La disciplina censurata è stata dichiarata incostituzionale poiché risultava in contrasto con i principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione sanciti dall'art. 36 Cost, "laddove ometteva di includere nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto l'indennità integrativa speciale"<sup>820</sup>.

Il dispositivo si presenta sotto forma di una delega<sup>821</sup> al legislatore, atteso che le disposizioni vengono dichiarate incostituzionali "nella parte in cui non prevedono, per i trattamenti di fine rapporto ivi considerati, meccanismi legislativi di computo dell'indennità integrativa speciale secondo i principi e criteri direttivi, e addirittura, fissazione del tempo di esercizio della delega stessa"<sup>822</sup>.

Nel caso di specie, da un lato il principio individuato dalla Corte costituzionale non poteva divenire oggetto di specificazione da parte dei giudici<sup>823</sup>; dall'altro, l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità era destinata a rimanere subordinata all'intervento del legislatore, tenuto a legiferare in tema di prestazione previdenziale.

Afferma a tal proposito attenta dottrina che la Corte non se l'era di fatto sentita di "affidare ai giudici un concorso (...) alla specificazione del principio"<sup>824</sup>.

Se il giudice quindi non vuole decidere in modo arbitrario, sarà allora tenuto (soprattutto nel caso di adozione di una sentenza additiva di principio a dispositivo generico) a fare applicazione della norma esaminata dalla Corte costituzionale che è rimasta in vigore, e ciò in ragione del fatto che "la sentenza additiva di principio colpisce una omissione e non elimina la disposizione originaria"<sup>825</sup>.

Importa osservare che l'esigenza sottesa all'adozione della pronuncia in questione era stata duplice: da un lato, quella di evitare conseguenze di ordine finanziario "eccezionalmente

---

<sup>818</sup> Si veda F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 321.

<sup>819</sup> Cfr. F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 313.

<sup>820</sup> Sul punto si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 94 ss.

<sup>821</sup> La delega è altresì individuabile nella necessaria individuazione da parte del legislatore di "meccanismi legislativi di computo dell'indennità integrativa speciale.

<sup>822</sup> In effetti al p.to 14 del Cons. in dir. si legge: "Poiché dunque l'intervento del legislatore - in forza della presente dichiarazione di illegittimità costituzionale - è necessario per reintegrare l'ordine costituzionale violato, esso deve avvenire con adeguata tempestività. Considerato che lo stesso legislatore dovrà provvedere al reperimento e alla destinazione delle risorse occorrenti per far fronte agli oneri finanziari che ne conseguono, la predisposizione dei suddetti meccanismi di omogeneizzazione dovrà essere avviata in occasione della prossima legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l'impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio".

<sup>823</sup> La problematicità sottesa alla concretizzazione da parte dei giudici è stata evidenziata da A. ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1789.

<sup>824</sup> Si veda il commento alla sentenza offerto da C. PINELLI, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio*" in *Giur. cost.*, 1993, 1801.

<sup>825</sup> Cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 394; si veda anche G. PARODI, *La sentenza additiva di principio a dispositivo generico*, cit., 182.

gravi”<sup>826</sup>, dall’altro quella di rispettare la discrezionalità del legislatore<sup>827</sup>, a ciò conseguendo la considerazione per cui, nel caso di specie, il Giudice delle leggi avrebbe vincolato l’esperimento degli effetti “*dal momento in cui*” e “*a condizione di*” un intervento da parte dell’organo titolare del potere legislativo<sup>828</sup>.

Tanto chiarito, la *ratio* coincide con i due “classici” ambiti applicativi delle decisioni di incompatibilità.

Significativa in quanto rivolta al solo legislatore, e quindi foriera di un’indiretta modulazione degli effetti nel tempo) è anche la sent. n. 170 del 2014<sup>829</sup>, con la quale, come ampiamente noto, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della disciplina prevista in materia di rettificazione dell’attribuzione di sesso nella parte in cui non prevedeva che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione, appunto, del sesso di uno dei coniugi consentisse, in ogni caso, laddove entrambi lo richiedessero, di “mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un’altra forma di convivenza registrata, che tuteli in modo adeguato i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da stabilirsi da parte del legislatore”<sup>830</sup>.

La Corte costituzionale, riconosciuto il *vulnus* dell’art. 2 Cost. in ragione del fatto che “la normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statuale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell’istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010)<sup>831</sup>”, si è rivolta al legislatore in quanto, “non essendo possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost”, l’unico soggetto chiamato ad intervenire sulla disciplina è il legislatore, tenuto ad “introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza”, con la

---

<sup>826</sup> Sul punto si veda *amplius* G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 423.

<sup>827</sup> Si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 97.

<sup>828</sup> Cfr. E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in Quad.cost., 1994, 152.

<sup>829</sup> Si veda, per un commento esaustivo della sentenza, identificata correttamente quale decisamente innovativa A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un nuovo tipo di sentenze additive?* in AIC, Osservatorio costituzionale, 2015.

<sup>830</sup> Così M. D’AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, cit., 158.

<sup>831</sup> Si veda il Cons. in dir. n. 5.6.

precisazione che “tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità”.

Come si può notare la Corte costituzionale aveva ritenuto di avviare un dialogo di rimozione congiunta dell'omissione incostituzionale con il legislatore, addirittura prevedendolo come “unico” destinatario della pronuncia<sup>832</sup>.

Interessante notare come il Giudice costituzionale abbia richiamato, al fine di rafforzare l'impianto argomentativo della motivazione, proprio il monito contenuto nella sent. n. 138 del 2010<sup>833</sup>, così da evidenziare il fatto che “la questione sottoposta al suo giudizio rientra perfettamente in quelle specifiche situazioni in cui la stessa Corte ha stabilito di potere intervenire per garantire un controllo di ragionevolezza”<sup>834</sup>.

Il richiamo, ovviamente, non avrebbe avuto luogo se vi fosse stato un tempestivo intervento sulla disciplina delle coppie omosessuali da parte del legislatore; quest'ultimo, come noto, è intervenuto a regolamentare le coppie formate da persone dello stesso sesso solamente nel maggio 2016 con la l. n. 76 del 2016, rubricata “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”.

Quanto al seguito giurisprudenziale della pronuncia in discorso, non si può non considerare il *decisum* del Tribunale di Grosseto, il quale, con decreto del 26 febbraio 2015 ha stabilito: “[N]on ignora questo Collegio quelle letture storiche della norma costituzionale che ritengono implicitamente richiamato il modello di matrimonio eterosessuale del preesistente codice civile (fatte proprie da ultimo anche da C. Cost. 170/2014), ciononostante ritiene che nemmeno nell'interpretazione più restrittiva del disposto costituzionale e, in disparte un'auspicabile interpretazione evolutiva, possa ritenersi che tale norma impedisca il riconoscimento nel nostro ordinamento del matrimonio celebrato tra persone appartenenti al medesimo genere. Né pare più seriamente sostenibile l'argomento basato sull'inesistenza, in quanto presupposto del matrimonio sarebbe la diversità di sesso tra i coniugi, tesi peraltro abbandonata anche dalla stessa Corte di Cassazione (...). La diversità di sesso dei nubendi, infatti, non può considerarsi un requisito minimo indispensabile affinché il matrimonio possa essere riconosciuto come tale, considerato anche l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea ove la realtà giuridica è certamente variegata e comprende al suo interno oltre a Paesi che hanno stabilito una forma di tutela per le unioni omosessuali mediante unioni civili anche Paesi che riconoscono il c.d. matrimonio egualitario. Né d'altro canto sussiste nel nostro ordinamento interno alcuna norma

---

<sup>832</sup> Casi del tutto analoghi sono le sentt. nn. 277/1991, 185/1998, 417/1998, 309/1999.

<sup>833</sup> Sui profili problematici legati al monito in questione si veda C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in Forum di Quaderni costituzionali, 3 settembre 2015.

<sup>834</sup> Si veda M. D'AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, cit., 159.

che preveda che l'appartenenza al medesimo genere di entrambi i coniugi costituisca un impedimento al matrimonio”.

La stessa Corte di Cassazione, con la sent. n. 8097 del 2015, I sez. civ., aveva stabilito che i ricorrenti del giudizio definito con la sent. n. 170 del 2014 potevano di fatto continuare a godere dei principi e dei doveri “conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto” fino all’invocato intervento del legislatore<sup>835</sup>.

L’inerzia del legislatore nel caso di specie non solo rileva in quanto smaschera l’assenza di strumenti di raccordo tra Corte costituzionale e l’organo detentore del potere legislativo, ma anche in quanto mostra chiaramente l’assenza di qualsivoglia “efficacia” di sentenze additive di principio così “architettate”.

In effetti la sentenza additiva di principio in discorso non si distingue, quanto agli esiti, da una sentenza monito: se ci si pone dal punto di vista dei soggetti che “hanno rivolto la loro domanda di giustizia, dapprima al giudice comune e quindi al giudice delle leggi”, allora si dovrebbe giungere alla considerazione per cui la consistenza della tutela effettivamente garantita non cambia: sentenza additiva di principio o monito, in ogni caso si è assistito ad un caso di “scopertura dei diritti”<sup>836</sup>.

Allo stesso modo, la pronuncia in questione sembra allinearsi alla funzione della sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata poiché i giudici nell’attesa dell’intervento del legislatore, non potendo sospendere i giudizi<sup>837</sup> “non potrebbero fare altro che continuare ad applicare la disciplina sul ‘divorzio imposto’”<sup>838</sup>.

La pronuncia in questione ha dato luogo ad un vero e proprio paradosso in seno all’ordinamento giuridico<sup>839</sup> in ragione dell’affievolimento della carica demolitoria sottesa alla stessa - forse anche in ragione della peculiarità della pronuncia in discorso - che parte della dottrina qualifica nel senso di una decisione che ha chiaramente forzato le regole processuali che regolano il giudizio costituzionale “procedendo a dichiarare la incostituzionalità di un’omissione del legislatore”<sup>840</sup>.

---

<sup>835</sup> Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, 1.

<sup>836</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 3. In senso del tutto analogo C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 6, secondo il quale una sentenza additiva di principio non suscettibile di “applicazione giudiziaria” finirebbe di fatto per rendere “la pronuncia inutiliter data per la vicenda processuale sottostante, quasi ‘degradando’ l’accoglimento ad un rigetto con monito (come la precedente sent. 138)”.

<sup>837</sup> Sul punto si veda A. ANZON, *Un’additiva*, cit., 1790 e M. D’AMICO, *Un nuovo modello*, cit., 1814. Tale profilo è evidenziato anche da F. POLITI, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 316, il quale riferisce - opportunamente - che le ipotesi di sospensione del giudizio sono disciplinate all’art. 295 del codice di procedura civile.

<sup>838</sup> Sul punto si veda S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione*, cit., 385.

<sup>839</sup> In questo senso, particolarmente critico C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 8.

<sup>840</sup> Critica in questo senso è la dottrina di E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 336. Il paradosso prodottosi in seguito alla sentenza in discorso non appartiene alla *ratio* fisiologica delle sentenze additive di principio, atteso che, come ha avuto modo di affermare la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 295 del 1991, Cons. in dir. p.to. 2 “La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa - com’è



Secondo altra dottrina, la Corte Suprema, nel dare seguito alla sent. n. 170 del 2014 avrebbe fatto erroneamente coincidere “l’oggetto della pronuncia con gli effetti della normativa impugnata”<sup>841</sup>, atteso che, nel caso in esame, era proprio l’assenza di una disciplina alternativa ad avere condotto il Giudice delle leggi a dichiarare l’incostituzionalità della disciplina, e, quindi, “a rendere ciò che esiste (l’automatico scioglimento del matrimonio) incoerente con la Costituzione, secondo lo schema tipico delle sentenze additive [...]”<sup>842</sup>.

In linea generale, lo si è visto, le sentenze additive di principio sono volte alla tutela della discrezionalità del legislatore: nel caso di specie, tuttavia, sembrerebbe che la Consulta abbia ridotto “il novero delle possibilità a disposizione del Parlamento”<sup>843</sup>. E infatti afferma del tutto significativamente la Corte costituzionale rispetto alla necessaria introduzione da parte del legislatore di una regolamentazione giuridica alternativa a quella del matrimonio che “[...] il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell’attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”. D’altra parte, dichiara la Corte, “*non ne è possibile la reductio ad legitimitatem mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost*”.

Un caso solo in parte simile alla sent. n. 170 del 2014 è rappresentato dalla sent. n. 278 del 2013<sup>844</sup>, la quale si distingue dal noto caso “Bernaroli” in ragione della soluzione interinale che il giudice era stato chiamato a dare nell’uno e nell’altro caso<sup>845</sup>.

Si tratta, come noto, del caso relativo al bilanciamento tra il diritto all’anonimato della madre e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini al fine di tutelare i suoi diritti fondamentali<sup>846</sup>, rispetto alla quale

i giudici non erano stati chiamati ad intervenire al fine di “rendere giustizia” dinnanzi ad una lacuna normativa riguardante un intero assetto complessivo di diritti e di doveri, bensì -

---

quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l’effettività di questo - mentre lascia al legislatore, riconoscendone l’innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”.

<sup>841</sup> Così C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 3.

<sup>842</sup> Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 3.

<sup>843</sup> Cfr. M. DI BARI, *Commento “a caldo” della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?* in *www.osservatorioaic.it*, 2014, 3.

<sup>844</sup> Per un commento sui profili di diritto sostanziale si veda E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all’art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.osservatorioaic.it*, 2013.

<sup>845</sup> C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 5.

<sup>846</sup> Cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 146.

solamente - dinnanzi ad un profilo relativo al procedimento volto all'interpello della madre biologica in caso di parto anonimo<sup>847</sup>.

Il Giudice delle leggi si è pronunciato sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Catanzaro in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., dichiarando l'illegittimità costituzionale l'art. 28, c. 7, della legge n. 183 del 1984 «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

In motivazione la Corte costituzionale ha premesso che “sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto”.

Il seguito della pronuncia in discorso, segnala la dottrina, è stato oscillante: da un lato il principio è stato applicato<sup>848</sup>, dall'altro, invece, i giudici hanno scelto di attendere l'intervento del legislatore.

Quanto appena precisato non deve stupire, dal momento che la dottrina “ha ricondotto alla fisiologia del seguito giurisduzionale delle additive di principio, le quali per definizione ammettono una pluralità di soluzioni possibili<sup>849</sup>”.

Alla luce della sent. n. 170 del 2014, attenta dottrina ha evidenziato il nodo problematico insito nelle omissioni assolute<sup>850</sup> del legislatore, soprattutto in relazione alla monolitica certezza degli effetti della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento<sup>851</sup>.

---

<sup>847</sup> Si veda ancora C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 5.

<sup>848</sup> I giudici hanno fatto ricorso a strumenti in atto esistenti, delegando un membro “del collegio giudicante ‘a disporre, con le dovute cautele, le necessarie richieste atte a verificare l'attuale volontà della madre biologica del ricorrente’, o, ancora, premettendo alla delega “un protocollo con fasi e attività ben dettagliate”. Così C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 3, nota n. 15.

<sup>849</sup> Un seguito caratterizzato da una notevole varietà di soluzioni applicative e di precisazioni ha riguardato la sent. n. 411 del 2001, in tema di interventi nel Mezzogiorno. In tale occasione la Corte costituzionale ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 52, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978, n. 218 [Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno], nella parte in cui consente all'Amministrazione di reiterare i vincoli, scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo”. Cfr. G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 422.

<sup>850</sup> Per una non recente trattazione sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore si veda C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in Foro.it, 1970.

<sup>851</sup> Sul punto si veda C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 8.

Eppure, proprio l'intervento della declaratoria di incostituzionalità ne implica un'efficacia vincolante<sup>852</sup> tanto quanto una sentenza di accoglimento *tout-court*<sup>853</sup>.

In effetti, con riferimento al modello prefigurato dai Costituenti, l'automatica perdita di efficacia della legge dichiarata illegittima “era però destinata a funzionare essenzialmente in relazione a norme, esplicite o implicite, comunque *vigenti e da rimuovere* (secondo la fortunata immagine kelseniana del legislatore ‘negativo’), ma non invece con riguardo alle norme *mancaanti e dunque da introdurre*”; il quadro si complica peraltro ulteriormente considerata la perdurante inerzia da parte del Parlamento<sup>854</sup>.

Ancora, simile alle decisioni appena menzionate è la sent. n. 385 del 2005 in materia di adozione e affidamento, in occasione della quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (...), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima”, premettendo al dispositivo che “nel rispetto dei principi sanciti da questa Corte, rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta al lavoratore padre un'adeguata tutela”<sup>855</sup>.

Nonostante l'inerzia legislativa, pare comunque si possa attribuire alle sentenze additive di principio un giudizio positivo, atteso che la Consulta, tramite le stesse, cerca di assicurare l'efficacia della Costituzione - appunto - nonostante l'inerzia dell'organo detentore del potere legislativo<sup>856</sup>.

In conclusione, per quanto attiene alle sentenze additive di principio, come ha sottolineato un'attenta dottrina, esse contengono “principi destinati a guidare [...] il legislatore”<sup>857</sup>.

Si tratta, di fatto, di una tipologia decisionale che si pone che si contraddistingue per il “bene” che vanno a presidiare, vale a dire il rispetto della discrezionalità del legislatore e “l'esigenza di evitare vuoti determinati da una secca dichiarazione di incostituzionalità”<sup>858</sup>.

Non solo, la loro struttura sarebbe proprio idonea a determinare un “ampliamento dei poteri di chi è chiamato a decidere nel caso concreto, secondo un margine di discrezionalità che l'originario testo legislativo non consentiva”<sup>859</sup>.

---

<sup>852</sup> Così A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3213. Similmente la dottrina di Zagrebelsky. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c.*, cit., 150. *Contra* A. PIZZORUSSO, *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?* in *Corriere giuridico*, 1993, 773, secondo il quale le sentenze additive di principio hanno solamente efficacia di natura persuasiva, tipica dei moniti.

<sup>853</sup> Si veda sul punto C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 6.

<sup>854</sup> Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 7.

<sup>855</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to. 6.

<sup>856</sup> Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto*, cit., 7.

<sup>857</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 393.

<sup>858</sup> Cfr. C. SALOI, *Forum*, cit., 226.

<sup>859</sup> C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 167.

In questo senso, tale tipologia decisionale si inserisce nel novero delle decisioni volte a preservare e a valorizzare, al contempo, la discrezionalità del legislatore, esattamente come le decisioni di incompatibilità tedesche.

Al di là dell'effettivo seguito da parte del legislatore, quello che occorre premettere consiste nel fatto che, qualora la sentenza risulti essere unicamente indirizzata al legislatore, a quel punto si creerebbe una violazione dell'art. 136 Cost. e con l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, "che postulano l'annullamento di una norma legislativa come normali, anzi necessario, effetto della dichiarazione di incostituzionalità"<sup>860</sup>; al tempo stesso, tale tipologia decisionale non si porrebbe nemmeno in armonia con la *ratio* sottesa all'incidentalità del giudizio costituzionale, dal momento che l'oggetto dell'annullamento risiede, spesso, in una norma di esclusione il cui oggetto non risulta essere di facile individuazione<sup>861</sup>.

Per questo motivo la dottrina ha fatto riferimento ad un doppio effetto paralizzante della sentenza additiva di principio, quando il principio sia formulato in modo eccessivamente elastico; lo stesso nodo problematico sembra ravvisarsi laddove la censura riguardi, ad esempio, un istituto "inedito e imprecisato"<sup>862</sup>.

## 9.2. Lo spostamento del *dies a quo*: i moniti e la modulazione "fantasma" ad essi sottesa

"I moniti costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità"<sup>863</sup>.

La legittimazione di tali strumenti decisorii (non del tutto aderente rispetto al silenzio dei Costituenti sulle attività propositive della Corte costituzionale<sup>864</sup>) risiede nella loro specifica funzione, cioè a dire quella di "operare una traslazione del giudizio da un momento successivo, concreto, giurisdizionale, ad una fase precedente, astratta e politica"<sup>865</sup>: di qui la politicità intrinseca nell'attività posta in essere dalla Consulta<sup>866</sup>.

Nella trattazione del "rinvio" nel tempo dell'adozione della declaratoria di incostituzionalità occorre considerare le sentenze monitorie, le quali, come ampiamente noto, non accertano

---

<sup>860</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 393.

<sup>861</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 394.

<sup>862</sup> G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, cit., 394.

<sup>863</sup> Così nell'annuale incontro con la stampa tenutosi nel mese di aprile del 2013 l'allora presidente della Corte costituzionale Gallo, con riferimento, nello specifico, alla sent. n. 138 del 2010. Più ampiamente, il Giudice costituzionale aveva richiamato il Parlamento a rispettare le sollecitazioni ricevute in tema di equo processo, all'attribuzione al figlio del cognome materno e alla legge elettorale. Cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 141.

<sup>864</sup> Cfr. L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987, 335.

<sup>865</sup> In questo senso, ancora, L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit.

<sup>866</sup> Così L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit.

l'illegittimità costituzionale, ma invitano il legislatore<sup>867</sup> ad intervenire in modo tale che, nel futuro, possa essere preclusa la via all'adozione di una decisione di incostituzionalità<sup>868</sup>. Tali pronunce, occorre premetterlo, operano una modulazione degli effetti nel tempo *al di fuori* della declaratoria di incostituzionalità e *al di fuori* del (mero) accertamento della stessa<sup>869</sup>; un'identificazione precisa delle ragioni che conducono il Giudice costituzionale a rivolgere al legislatore, a fronte di un rigetto o della dichiarazione dell'ammissibilità della questione, un "monito", risulta un'operazione difficile nella presente sede, poiché "i moniti del legislatore sono quelli che vanno al di là delle necessità argomentative della decisione"<sup>870</sup>.

I moniti<sup>871</sup>, similmente alle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, rappresentano una peculiare forma di spostamento del *dies a quo* nel futuro, connotata dalla (sottintesa) minaccia della doppia pronuncia<sup>872</sup>. Peraltro, affinché si possa discorrere dello spostamento nel futuro dell'accoglimento della questione di legittimità costituzionale è innanzitutto necessario escludere dalla presente trattazione i c.d. auspici di revisione legislativa<sup>873</sup>, i quali non intervengono in alcun modo sul dato temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento, poiché, a fronte del riconoscimento dell'impossibilità di muovere alla normativa censure di incostituzionalità, "dichiara più o meno espressamente che un'eventuale inerzia del legislatore non potrebbe essere sanzionata con una pronuncia di accoglimento"<sup>874</sup>.

Si tratta, in altri termini, di quei casi in cui la Corte costituzionale si appella al legislatore affinché quest'ultimo renda la disciplina "ancora più conforme al parametro costituzionale di cui si tratta"<sup>875</sup>.

E' innegabile il fatto che i moniti non vengono ascoltati dall'organo titolare del potere legislativo: di qui il possibile intreccio dell'analisi della tipologia decisionale dei moniti e delle sentenze additive di principio.

---

<sup>867</sup> Una peculiare pronuncia "monito" è la nota ord. n. 24 del 2017, in occasione della quale la Corte costituzionale ha assunto un intento monitorio nei confronti di due giudici (e quindi non un giudice e l'organo legislativo) del tutto peculiari; sul punto v. A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra Corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2017, 10-13.

<sup>868</sup> La Corte costituzionale può indicare al legislatore di intervenire e, al tempo stesso, come intervenire; cfr. V. MARCENO'-G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 251.

<sup>869</sup> Attraverso l'indicazione al legislatore di provvedere o, anche, ad osservare la modalità attraverso la quale porre in essere l'attività legislativa. Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 309.

<sup>870</sup> V. MARCENO'-G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 252.

<sup>871</sup> Al di sotto della categoria dei moniti rientrano invece le decisioni di incostituzionalità provvisoria, le quali, invece, indirizzano al legislatore un appello del tutto dissimile rispetto a quello appena sopra evidenziato, contraddistinto da una natura di tipo perentorio.

<sup>872</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 309 e 323.

<sup>873</sup> Vicini ai consigli di mera opportunità che potrebbero derivare dal Giudice delle leggi. Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 322.

<sup>874</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 73.

<sup>875</sup> R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 74.

Secondo attenta dottrina vi sono alcuni casi (più o meno recenti) che renderebbero del tutto manifesta l'inefficacia dello strumento del monito<sup>876</sup>, alla quale consegue (sempre in capo alla Consulta) un profondo disagio: quello di lasciare la Corte costituzionale “sola” nel compito di porre in essere “un generale adeguamento della legislazione”<sup>877</sup> ai principi costituzionali, e ciò alla luce della sclerotizzazione della vita politica, la quale non sembra reagire nemmeno a quei moniti volti a “guidare” il legislatore<sup>878</sup>.

Un esempio, seppur del tutto *sui generis*, è rappresentato, ad esempio, dal fallimento dell'ord. n. 207 del 2018.

Al di là dell'incapacità da parte dell'organo legislativo di attribuire al monito un significato “costituzionalmente orientato”<sup>879</sup>, cioè strumentale all'attuazione dei principi e dei valori costituzionali, secondo autorevole dottrina vi sarebbe in capo alla Consulta un *deficit* di diligenza<sup>880</sup>, atteso che talvolta non qualifica la normativa che era stata oggetto di un precedente monito nel senso di una disciplina solo “provvisoriamente” costituzionale. In questo senso, del tutto emblematiche sono le sentenze in tema di interruzione volontaria di aborto (sentt. nn. 139 del 1977 e 108 del 1981).

Ciò chiarito, non si può prescindere dalla trattazione di alcune (più o meno) recenti sentenze monitorie<sup>881</sup>.

In primo luogo, la decisione che forse in senso più emblematico è stata capace di rappresentare il *punctum dolens* rispetto al rapporto tra Corte costituzionale e l'organo titolare del potere legislativo è la notissima sent. n. 138 del 2010, adottata in seguito alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale su quelle norme del codice civile che regolano la disciplina dell'istituto matrimoniale e che prevedono esplicitamente la diversità di sesso dei nubendi quale requisito per l'esistenza dello stesso istituto matrimoniale<sup>882</sup>.

---

<sup>876</sup> Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2017, 3.

<sup>877</sup> Così M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2017, 3. Secondo l'Autrice l'assenza di un raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento si è manifestata sin dai primi tempi di attività del Custode delle leggi: pertanto, sono state riscontrate difficoltà rispetto all'adeguamento della legislazione anteriore alla Costituzione ai principi costituzionali.

<sup>878</sup> Cfr. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzate ed attività legislativa*, Padova, 1987, 32. Tanto è vero che, ad esempio, con riferimento a due sentenze monitorie classificabili, più precisamente, nel senso di pronunce di rigetto con riserva di accoglimento, cioè a dire la sent. n. 316 del 2010 e la sent. n. 30 del 2014 si è assistito al successivo accoglimento delle questioni: la logica della doppia pronuncia, purtroppo, non sembra abbandonare il rapporto intercorrente tra la Consulta e il Parlamento. Peraltro, sul rapporto tra inerzia legislativa e necessità graduale dell'accoglimento della questione di legittimità costituzionale si veda L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 411.

<sup>879</sup> Tanto è vero che sembra potersi contestare quanto affermato dall'autorevole dottrina di Pegoraro, secondo cui il legislatore si lascerebbe di fatto influenzare dalle manifestazioni di indirizzo della Corte costituzionale. Cfr. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzate ed attività legislativa*, cit. 339.

<sup>880</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 323.

<sup>881</sup> Si considerino le recenti sentt. nn. 6, 28, 33, 43, 88, 93, 120, 149, 199 e 200 del 2018.

<sup>882</sup> M. D'AMICO, *Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *GenIUS*, 2015/2, 158.



La Consulta ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate rispetto agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost., mentre infondate sono state dichiarate le questioni relative agli artt. 3 e 29 Cost.

Di fatto, nella pronuncia in discorso è stata dichiarata l'impossibilità di equiparare il matrimonio eterosessuale a quello omosessuale; a tal proposito la dottrina ha giustamente affermato che la decisione in questione si è in parte fondata sul fatto di avere anteposto l'art. 29 Cost. all'art. 3 Cost., il quale "al contrario, avrebbe dovuto logicamente e costituzionalmente precederlo"<sup>883</sup>. Coerentemente alla *ratio decidendi* la Corte costituzionale ha affermato che "il precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa".

Nonostante la natura del dispositivo, è necessario segnalare la (ormai notissima) innovatività di quanto affermato dal Giudice costituzionale, il quale ha indirizzato un monito al legislatore affinché venisse garantito alle coppie formate da persone dello stesso sesso un "riconoscimento giuridico" accompagnato dai "connessi diritti e doveri", in tal modo rendendo conforme a Costituzione (in particolare, all'art. 2 Cost.) la formazione sociale (composta anche dalle coppie *same-sex*) "nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico"<sup>884</sup>.

Secondo alcuni l'intervento del legislatore sarebbe stato obbligatorio, e ciò in ragione del carattere vincolante del monito "implicito" contenuto nella pronuncia in discorso<sup>885</sup>.

E tuttavia, come già accennato, "la Corte costituzionale non può dichiarare, a differenza di quanto accade per altri modelli di giustizia costituzionale, la incostituzionalità di una omissione legislativa, né obbligare il legislatore ad intervenire, restando esso libero, e responsabile della propria scelta di fronte agli elettori, di non intervenire, con ciò aprendo inevitabilmente ad una soluzione dei problemi evidenziati da parte del diritto giurisprudenziale"<sup>886</sup>.

Ancora, la Corte costituzionale è intervenuta in materia di disciplina sull'equa riparazione per durata irragionevole del processo dapprima con la sent. n. 30 del 2014, e in seguito con la sentenza n. 88 del 2018 con cui è stata dichiarata "l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile) – come sostituito dall'art. 55, comma 1, lettera d), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure

---

<sup>883</sup> Così M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, cit., 158; in questo senso anche R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuale e le sue interpretazioni*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011, 7.

<sup>884</sup> Così la sent. n. 138 del 2010, Considerato in diritto n. 8.

<sup>885</sup> Così F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010; si veda anche E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010.

<sup>886</sup> R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011, 6-7.

urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134 – nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto”, in tal modo ripristinando il contenuto normativo dell’art. 4 nella versione originaria della legge del 24 marzo 2001<sup>887</sup>. In occasione della seconda pronuncia menzionata, nel cons. in dir. n. 4 il Giudice delle leggi ha dichiarato: “scrutinando la stessa questione di legittimità costituzionale, questa Corte aveva già riscontrato la lesione dei citati parametri, evidenziando «la necessità che l’ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo, [...] la “priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario” [...] che non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al problema individuato nella presente pronuncia» (sentenza n. 30 del 2014)”, ritenendo non più procrastinabile una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge sotto il profilo specificamente considerato.

E infatti già in occasione della sentenza n. 30 del 2014, promossa dalla Corte d’Appello di Bari, I sez. civ., la quale era stata investita dell’istanza di equo indennizzo ai sensi della legge Pinto a causa dell’eccessiva durata di una procedura concorsuale di ammissione di un credito al passivo fallimentare, la Consulta aveva accertato, di fatto, l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 della legge menzionata laddove non consentiva di chiedere l’equa riparazione “per durata irragionevole del processo qualora questo fosse ancora pendente”<sup>888</sup>, senza tuttavia decidersi per l’adozione di una declaratoria di incostituzionalità “per consentire, a tal riguardo, un apprezzamento discrezionale del legislatore”<sup>889</sup>.

In quell’occasione la Corte costituzionale aveva escluso un intervento additivo in ragione del fatto che “in ogni caso, peraltro, esso non sarebbe ‘a rime obbligate’ in ragione della pluralità di soluzioni normative configurabili a tutela del principio della ragionevole durata del processo”<sup>890</sup>.

La sent. n. 88 del 2018, sollevata con quattro ordinanze della Corte di Cassazione, sesta sezione civile, rappresenta, come si è avuto modo di vedere dal tenore del dispositivo, una pronuncia additiva<sup>891</sup>. Più precisamente, si tratta di una sentenza additiva di principio che si pone “sul solco

---

<sup>887</sup> Così A. M. NICO, *La Corte costituzionale con la sentenza n. 88 del 2018 chiude la questione della proponibilità nel corso del giudizio della domanda di indennizzo per la ragionevole durata del processo*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 535.

<sup>888</sup> Afferma la dottrina che la sent. n. 30 del 2014 rappresenta una sentenza “pericolosamente fondata nel merito” perché “la dilazione del momento in cui la vittima della lentezza giudiziaria viene considerata legittimata dal punto di vista processuale a chiedere la tutela riparatoria è in grado di minare proprio l’effettività della tutela stessa”. Cfr. G. SORRENTI, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesplorato ma sussistente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, 14.

<sup>889</sup> Cfr. A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell’inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, cit. 13-14.

<sup>890</sup> Cfr. Cons. in dir. 4.1.

<sup>891</sup> Secondo la dottrina tale pronuncia non sarebbe stata sufficiente a rendere di fatto organico l’ordito della legge Pinto. Cfr. A. M. NICO, *La Corte costituzionale con la sentenza n. 88 del 2018 chiude la questione della proponibilità nel corso del giudizio della domanda di indennizzo per la ragionevole durata del processo*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2018, 538.

della sentenza n. 30 del 2014, in una prospettiva che ricalca quella delineata a livello europeo”<sup>892</sup>: come affermato dalla dottrina, non solamente il processo può avere una durata irragionevole, ma anche il protrarsi dell’inerzia legislativa<sup>893</sup>, “il cui perdurare nel tempo può avere un effetto determinante ai fini dell’accoglimento di una questione di legittimità costituzionale”<sup>894</sup>.

Alla luce della considerazione del proprio ruolo di Custode delle leggi, la Consulta ha dichiarato: “[p]osta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma [...] omette di prevedere. [...]”.

Inoltre, proprio in ragione della *ratio* tipologia decisionale adottata, il Giudice delle leggi si è appellato ai giudici comuni, ai quali spetterà “trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione” e al legislatore affinché provvedesse “eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione» (sentenza n. 113 del 2011)”<sup>895</sup>.

Recentemente il Giudice delle leggi è intervenuto in tema di principio della proporzionalità della pena dichiarando l’illegittimità costituzionale del minimo edittale (reclusione di otto anni) previsto per il delitto di cui all’art. 73, primo comma, del d.P.R. n. 309 del 1990, il quale incrimina i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti.

Interessante notare che, nel caso di specie, la Corte costituzionale ha dato “autonomamente” seguito al monito pressante che era stato inviato al legislatore in occasione della sentenza n. 179 del 2017.

Si permetta di analizzare prima brevemente la pronuncia appena menzionata, in occasione della quale la Corte costituzionale aveva ritenuto che il trattamento sanzionatorio previsto dalla disciplina dichiarata incostituzionale non andasse a violare i principi di ragionevolezza e uguaglianza, offensività e proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato.

La parte motiva della pronuncia muove da una ricostruzione della giurisprudenza della Consulta “sull’ampiezza e i limiti del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale, in riferimento a norme sanzionatorie”<sup>896</sup>. In seguito, la Corte costituzionale dichiara l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che hanno interessato l’art. 73,

---

<sup>892</sup> Cfr. A. CAPITTA, *Equa riparazione/Ragionevole durata del processo - Corte cost., n. 88 del 2018*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2018.

<sup>893</sup> Considerato, peraltro, che la Corte EDU aveva ritenuto priva di effettività l’istanza di prelievo prevista ai sensi dell’art. 54, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 con riferimento al processo amministrativo (C. EDU, sent. 22 febbraio 2016, Olivieri e altri c. Italia).

<sup>894</sup> Ancora si veda la nota a sentenza di A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell’inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, cit. 14.

<sup>895</sup> Cons. in. dir. p.to 4.

<sup>896</sup> Cfr. C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe “pesanti” ma nvia un severo monito al legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017.

comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (l'unico testo delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui prevede – per i fatti posti in essere a partire dal 21 maggio 2014 – un minimo edittale di anni otto di reclusione ed euro 25.822 di multa, anziché di anni quattro di reclusione ed euro 10.329 di multa.

La Corte riconosce però che la differenza di quattro anni di reclusione tra il massimo di pena per fatti di lieve entità di cui al quinto comma (4 anni) e il minimo per i fatti “non lievi” di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup. (8 anni) “costituisce l'esito di una evoluzione normativa non organica, che ha determinato un *saltum* sanzionatorio non giustificato dalle differenze strutturali tra i due reati”<sup>897</sup>.

E ciononostante, la Consulta afferma che “a quanto ritenuto dai rimettenti, a tale incongruenza può porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime. Sicché, la determinazione del minimo edittale per il fatto non lieve ex art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, in misura pari al massimo edittale del fatto lieve ex art. 73, comma 5, dello stesso decreto, non costituisce l'unica soluzione in armonia con la Costituzione.

Né può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria. In particolare, deve rilevarsi che la tenuità o la levità del fatto possono essere (e sono) prese in considerazione dal legislatore a diverso titolo e con effetti che possono determinare “spazi di discrezionalità discontinua” nel trattamento sanzionatorio. Più precisamente simile discontinuità può corrispondere a una ragionevole esigenza di politica criminale volta a esprimere, attraverso un più mite trattamento sanzionatorio, una maggiore tolleranza verso i comportamenti meno lesivi e, viceversa, manifestare una più ferma severità, con sanzioni autonome più rigorose, nei confronti di condotte particolarmente lesive”<sup>898</sup>.

La divaricazione quindi tra il minimo edittale di pena previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e il massimo edittale della pena prevista da comma 5 dello stesso articolo, “ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative”<sup>899</sup>.

Successivamente la Consulta indirizza un monito pressante al legislatore: “tenuto conto dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti, non può non formularsi un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento

---

<sup>897</sup> Cfr. C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe “pesanti” ma invia un severo monito al legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017.

<sup>898</sup> Cfr. cons. in dir. p.to 7.

<sup>899</sup> Cfr. cons. in dir. p.to 7.

sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990<sup>900</sup>.

Ancora una volta la Corte costituzionale ha esortato il legislatore ad intervenire sulla disciplina *sub iudice* per prevenire una futura dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La dottrina ha individuato un nodo critico sotteso all'utilizzo delle pronunce di inammissibilità per pluralità di soluzioni in materia penale, cioè a dire quello - in primo luogo - di protrarre l'accoglimento della questione fino ad un eventuale intervento legislativo, e quello - in secondo luogo - di aumentare il numero di sentenze "passate in giudicato che saranno (rectius dovranno essere) revocate al momento della (eventuale futura) dichiarazione di incostituzionalità"<sup>901</sup>.

Come prevedibile, la Consulta, in occasione della sentenza n. 40 del 2019, ha dato "seguito" al monito contenuto nella sent. n. 179 del 2017, superando così il vincolo rappresentato dalle "rime obbligate" (come accaduto, di fatto, con riferimento alla sent. n. 233 del 2018 e alla sent. n. 222 del 2018) e approdando alla declaratoria di incostituzionalità del minimo edittale (reclusione di otto anni) previsto per il delitto di cui all'art. 73, primo comma, del d.P.R. n. 309 del 1990 "che incrimina i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti; minimo edittale cui, per effetto dell'odierna sentenza, dovrà sostituirsi quello, più mite, di sei anni"<sup>902</sup> anche alla luce dell'esigenza di assicurare la tutela dei diritti fondamentali, passibile di compressione in ragione dell'inerzia legislativa: "non può essere ulteriormente differito l'intervento di questa Corte, chiamata a porre rimedio alla violazione dei principi costituzionali evocati, con conseguente accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 nei termini in cui sono prospettate dal giudice rimettente, il quale chiede che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui prevede un minimo edittale di otto anni, anziché di sei anni di reclusione.

La misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore"<sup>903</sup>.

Infine, interessante è anche l'ord. n. 17 del 2019, ove peraltro la Corte costituzionale ha manifestato la sua vera natura, cioè a dire quella di essere un *Giano Bifronte*<sup>904</sup>.

---

<sup>900</sup> Cfr. cons. in dir. p.to 8.

<sup>901</sup> Così C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma nvia un severo monito al legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017.

<sup>902</sup> Cfr. C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2019.

<sup>903</sup> Cfr. cons. in dir. p.to 5.3.

<sup>904</sup> Cfr. O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 6.

E' interessante mettere in evidenza che una voce in dottrina<sup>905</sup> ha ritenuto di mettere in luce la vicinanza tra l'ord. n. 207 del 2018 con la pronuncia in discorso, affermando che "ai lettori più accorti dell'ordinanza in esame sarà così tornato alla mente il discorso della modulazione temporale degli effetti delle sentenze, un vecchio pallino degli studiosi che cela in realtà un'ambizione che accomuna i tribunali costituzionali d'Italia e Spagna nella loro spinta verso il riconoscimento (eventualmente anche per via autonoma) di quel potere già ormai consolidato nella panopia a disposizione delle corti di lingua germanica".

### 9.3. *A proposito di moniti ... rafforzati: il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore alla luce dell'ordinanza n. 207 del 2018*

Come si è avuto modo di vedere nel par. 3 del capitolo II, quello che sembra emergere dalla recente giurisprudenza costituzionale è il tentativo di costruire un nuovo modello di relazione con il legislatore nella delicata materia penale<sup>906</sup>.

In questo senso, l'ordinanza n. 207 del 2018, alla quale seguirà una sentenza di merito di cui al momento non sono state ancora depositate le motivazioni, rappresenta un caso assolutamente paradigmatico. Chiedendo al legislatore di risolvere la questione "con tutti gli strumenti tecnici di cui dispone"<sup>907</sup>, la Corte ha svolto - nell'operare un differimento degli effetti della pronuncia nel tempo<sup>908</sup> - una rilevante operazione di bilanciamento, che, secondo lo "scenario classico della giustizia costituzionale", dovrebbe spettare, invece, al legislatore<sup>909</sup>.

Il perno intorno al quale ruota la tecnica decisionale in questione è il bilanciamento effettuato dal Giudice delle leggi, il quale si è mosso, secondo parte della dottrina, nella direzione opposta a quella sottesa alla *ratio* del pensiero di Crisafulli, atteso che l'intervento prefigurato dall'ordinanza "non può essere considerato costituzionalmente obbligato"<sup>910</sup>.

Tanto premesso, come si vedrà meglio oltre, alla luce della necessità di proteggere i diritti individuali coinvolti e lo spazio discrezionale del legislatore, il Giudice delle leggi ha scelto di non adottare né una sentenza di inammissibilità, che pure taluno prospettava, né una pronuncia

---

<sup>905</sup> Sul punto si veda inoltre G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019. (E qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 11-12.

<sup>906</sup> G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, cit., 14.

<sup>907</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019, 4.

<sup>908</sup> Chi scrive intende mettere in evidenza il fatto che la pronuncia in questione costituisce un modello decisionale del tutto innovativo, che sembra rappresentare un *quid pluris* rispetto ad una mera decisione di natura interlocutoria; se è vero quindi che il carattere non definitorio della stessa costituisce un profilo critico rispetto alla possibilità di annoverarla *de plano* tra le decisioni che modulano gli effetti nel tempo, tuttavia il differimento degli effetti in essa contenuto permette, forse, di qualificarla quale pronuncia temporalmente manipolativa nel senso *ampio* del termine.

<sup>909</sup> E. MALFATTI, *il Forum*, cit., 223.

<sup>910</sup> Cfr. G. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019, 5.



di accoglimento, in quanto essa sarebbe stata foriera di non irrilevanti criticità di ordine costituzionale<sup>911</sup>.

Il caso è notissimo<sup>912</sup>, può nondimeno giovare una sua breve ricostruzione: il 14 febbraio 2018 la Corte d'Assise di Milano, nel corso di un processo penale a carico di Marco Cappato, imputato del reato di “*istigazione o aiuto al suicidio*” ai sensi dell’art. 580 c.p., ha sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale in riferimento alla disposizione censurata: innanzitutto nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, a prescindere quindi dal loro contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidiario, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, primo comma e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU; in secondo luogo nella parte in cui l’art. 580 c.p. prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidono in alcun modo sull’*iter* deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, e ciò senza alcun tipo di distinzione rispetto alle condotte di istigazione, e ciò per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, secondo comma e 27, terzo comma, Cost.

In un primo momento la Corte milanese ricostruisce, sulla base dell’istruttoria effettuata, la vicenda che ha interessato Fabiano Antoniani, dotato di piena facoltà intellettuale e affetto dal 2014 da tetraplegia e cecità bilaterale corticale, al punto da non essere autonomo nella respirazione e nell’alimentazione, per poi ripercorrere i rapporti intercorsi tra “Dj Fabo” e l’imputato Marco Cappato per realizzare il suicidio assistito presso la clinica svizzera Dignitas. I giudici milanesi affermano di accertare che “l’imputato non indirizzò o condizionò la decisione di Fabiano di procedere in Svizzera al proprio suicidio attraverso le modalità consentite in quello Stato [...] per gli accertamenti svolti in dibattimento deve quindi concludersi che la condotta di Marco Cappato non ha inciso sul processo deliberativo di Fabiano Antoniani in relazione alla decisione di porre fine alla propria vita, e pertanto, l’imputato deve essere assolto dall’addebito di averne rafforzato il proposito di suicidio”, in tal senso valorizzando l’argomentazione “del profilo della presenza o dell’assenza della concreta offensività del gesto in ipotesi aiutato”<sup>913</sup>. Certamente, è fuor di dubbio che la condotta dell’imputato “sia stata condizione per il realizzarsi

---

<sup>911</sup> Similmente il *BVerfG* in tema di matrimonio e mutamento del genere di uno dei coniugi, in occasione della sentenza *BVerfGE*, 121, 175, in cui si afferma che “a causa della gravità del pregiudizio che subisce una persona transessuale sposata in ragione del diniego del riconoscimento legale dell’appartenenza sessuale percepita e mutata [...] l’articolo [...] viene dichiarato non applicabile fino all’entrata in vigore della *Neuregelung*”; cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 43.

<sup>912</sup> Per una ricostruzione della vicenda M. D’AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l’istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017, 12.

<sup>913</sup> Cfr. S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Bio Law Journal, Rivista di BioDiritto*, 2018, 166.

del suicidio e, secondo l'interpretazione dell'art. 580 c.p. sostenuta dal diritto vivente, tale condotta risulterebbe per ciò solo integrare l'agevolazione sanzionata dalla disposizione"<sup>914</sup>.

Dopo avere riportato una ("isolata") sentenza della Corte di Cassazione<sup>915</sup>, ove le condotte di agevolazione incriminate sono state di fatto previste come alternative a quelle di istigazione, la Corte d'Assise milanese offre una panoramica sull'interpretazione dell'art. 580 c.p. secondo il diritto vivente<sup>916</sup>, così evidenziando "la nozione ampia di 'aiuto al suicidio' che si sarebbe affermata nella giurisprudenza di legittimità"<sup>917</sup>, ribadita, ancora una volta, nella parte relativa alle conclusioni del provvedimento.

In punto di disamina dell'art. 580 c.p., i giudici milanesi affermano che la disposizione penale, se letta alla luce dei principi costituzionali, rivela una concezione del diritto alla vita non più coerente con il principio personalistico e con il principio dell'inviolabilità della libertà individuale, dichiarando che "la disciplina dettata dal Codice Rocco deve essere interpretata alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Costituzione, che hanno comportato una diversa considerazione del diritto alla vita".

La dottrina ha giustamente evidenziato che il presupposto alla base dell'individuazione dei profili di legittimità costituzionale denunciati dal giudice rimettente è che vi sia un diritto di morire<sup>918</sup>.

In seguito, nel segno della valorizzazione del del diritto di "scegliere la morte", l'ordinanza di remissione tratteggia l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, analizzando i principi di diritto della pronuncia *Pretty c. Regno Unito*, della sentenza *Haas v. Svizzera* e della sentenza *Gross c. Svizzera* – in punto di superamento della pronuncia *Pretty*<sup>919</sup> – per giungere alla conclusione per cui "anche nelle sentenze più recenti è stato affermato che il diritto

---

<sup>914</sup> Si veda sul punto G. STAMPANONI BASSI, *La questione di legittimità costituzionale dell'art.580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2018, 3.

<sup>915</sup> Cass. pen. Sez. 1 n. 3147 del 6.2.1998.

<sup>916</sup> Come ha avuto modo di chiarire la dottrina, non sarebbe corretto fare riferimento ad un'univoca interpretazione dell'art. 580 c.p., dal momento che una recente giurisprudenza ha ritenuto di escludere un'ipotesi di lettura di natura estensiva dell'art. 580 c.p. (cfr. Corte di Appello Venezia, n. 9 del 10.05.2017); sul punto si veda C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 141; dello stesso avviso è F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in *questionegiustizia.it*, 2018, 15. Secondo l'Autrice, l'ordinanza di remissione andrebbe a costituire il risultato di della volontà da parte del giudice a quo di "contrastare un indirizzo giurisprudenziale non condiviso, e, al tempo stesso, per avvallarne un altro ritenuto maggiormente conforme a Costituzione"; cfr. F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, cit., 16. Ancora, sulle decisioni di merito si veda G. STAMPANONI BASSI, *La questione di legittimità costituzionale dell'art.580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato*, cit., 5. Ancora, sul punto si veda G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *archiviopenale.it*, 2018, 5-11.

<sup>917</sup> Così A. MASSARO, *Il "Caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?* in *penalecontemporaneo.it*, 2018, 4.

<sup>918</sup> F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, cit., 3. In questo senso anche U. ADAMO, *La Corte è 'attendista... "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale"*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, *www.federalismi.it*, 6.

<sup>919</sup> S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *forumcostituzionale.it*, 2018, 17.

all'autodeterminazione, implicato e sotteso a tutta la Convenzione, si esplica nella facoltà per ogni individuo, che sia in grado di assumere determinazioni consapevoli e ponderate, di decidere 'se e come porre termine alla sua vita'".

A seguire, un ampio riferimento alla l. n. 219 del 2017, la c.d. legge sul testamento biologico, così da rinvigorire la valorizzazione del principio all'autodeterminazione: afferma il giudice *a quo* che, nonostante la legge non riconosca il diritto al suicidio, tuttavia "il mancato riconoscimento/regolamentazione da parte del Legislatore del diritto 'al suicidio assistito' non può portare a negare la sussistenza della libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza, libertà che, come sopra esposto, trova fondamento nei principi cardine della Costituzione dettati dagli artt. 2 e 13"; diretto corollario di una simile affermazione è l'asserita necessità di interpretare l'art. 580 c.p. alla luce dei principi costituzionali che hanno presidiato e segnato la l. n. 219 del 2017, in modo tale da "ritenere sanzionabili ai sensi dell'art. 580 c.p. solo le condotte che 'in qualsiasi modo' abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo impedendogli di addivenire in modo consapevole e ponderato a tale scelta [...]".

L'udienza davanti alla Corte costituzionale si è tenuta il 23 ottobre; all'esito della stessa il Giudice delle leggi pubblicava un comunicato stampa dal quale emergeva ciò che in seguito sarebbe stato l'esito del giudizio: il rinvio della trattazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. all'udienza del 24 settembre 2019.

Il 16 novembre la Corte costituzionale pubblicava un'ordinanza nella quale risultava evidente l'adozione di una tecnica decisionale del tutto innovativa: come affermato dalla stessa, in situazioni analoghe sarebbe potuta essere stata dichiarata l'inaammissibilità della questione di legittimità costituzionale; nel caso di specie, tuttavia, il Giudice delle leggi ha statuito, come oramai noto, di far (pare in via del tutto eccezionale) "leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso [...]"<sup>920</sup>.

Come si vedrà nel corso del terzo capitolo del presente elaborato dottorale, si tratta, seppur con le dovute differenze, di una tecnica decisionale molto vicina a quella adottata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, soprattutto in ragione del forte legame istituito con il legislatore (e con i giudici).

La Consulta non accede alla tesi della Corte rimettente "nella sua assolutezza", osservando l'impossibilità di dubitare che l'art. 580 cod. pen. – anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio – sia funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento", e ciò ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 2 CEDU, dai quali discende il dovere da parte dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo.

---

<sup>920</sup> La dottrina si riferisce pertanto ad una Corte "attendista"; cfr. U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale"*. *Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, cit.

Allo stesso modo, anche dal combinato disposto degli artt. 2 e 13, primo comma, è possibile fare discendere il diritto all'autodeterminazione individuale "riferibile anche al bene vita".

E tuttavia, il Giudice delle leggi riconosce di non potersi allontanare dalla realtà dei fatti, in tal modo registrando situazioni "inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta"<sup>921</sup>.

Nella prima parte della motivazione, quindi, la Corte costituzionale ha dichiarato la piena legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.<sup>922</sup>.

Nella seconda parte<sup>923</sup>, invece, il Giudice delle leggi dichiara di riscontrare un *vulnus* rispetto a specifiche situazioni: se è vero che l'art. 580 c.p. svolge una funzione del tutto compatibile con i principi costituzionali, è altrettanto vero che "occorre [...] considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo, appunto inimmaginabili ai tempi in cui la disposizione penale entrò in vigore.

Di qui, l'insistenza di una copertura costituzionale volta a fornire tutela a quella categoria di individui come Dj Fabo che sia: (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Eppure, afferma la Corte costituzionale, a fronte del riscontrato *vulnus* non si ritiene di potere "porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte", dal momento che la Corte ravvisa la necessità di precludere con fermezza tutti i possibili abusi che possano verificarsi "in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale", in special modo ove sia chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di una "disposizione di carattere penale".

Pertanto, prosegue la Corte, la regolamentazione della materia necessita di scelte discrezionali che non le possono in alcun modo competere, ma che necessitano, invece, l'intervento del legislatore<sup>924</sup>; a tal proposito, rileva l'individuazione della *sedes materiae* di quest'ultimo, rispetto alla quale il Giudice delle leggi afferma che "una disciplina delle condizioni di attuazione delle decisioni di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze [...] a traverso la

---

<sup>921</sup> Cons. in dir. p.to 8.

<sup>922</sup> Sulla giustificazione della norma censurata si veda P. F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli* (Nota a Corte cost., ord.n. 207/2018), [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2018, 7-8.

<sup>923</sup> La suddivisione tra prima e seconda parte della motivazione appartiene a M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2018, 3-8; in senso analogo si veda G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?* in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2018, 16-19.

<sup>924</sup> Si pensi, come affermato dalla Corte costituzionale, all'introduzione di una "disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse", oppure ancora all'adozione di opportune cautele finalizzate ad evitare che non vi sia alcuna rinuncia a garantire al paziente l'accesso alle cure palliative a fronte della somministrazione di farmaci "in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente".

somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta [...] inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 [...]”.

Si tratta, in definitiva, di “delicati bilanciamenti” che spettano al legislatore, considerata, peraltro, la delicatissima materia penale governata dall’art. 25 II Cost.

Il riscontrato deficit di copertura costituzionale viene argomentato dalla Corte costituzionale anche alla luce del fatto che la legislazione oggi in vigore non consente a chi versi nelle condizioni in cui si trovava Dj Fabo di potere accedere alla morte ad opera di un medico; eppure, osserva la Corte, è facilmente comprensibile il fatto che “se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza [...] non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri [...], e che pertanto il divieto assoluto di aiuto al suicidio determina una compressione della libertà di autodeterminazione del malato “nella scelta delle terapie”.

Tanto premesso, la Corte costituzionale evidenzia la rottura che la tecnica decisionale in discorso rappresenta rispetto alla giurisprudenza costituzionale anteriore<sup>925</sup>, affermando, come si è visto, che “in situazioni analoghe” avrebbe proceduto all’adozione di una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore; invece, nel caso di specie, il Giudice delle leggi ha riconosciuto l’illegittimità dell’art. 580 c.p., differendo nel futuro la relativa declaratoria<sup>926</sup>.

La tecnica adottata è stata resa possibile grazie all’attivazione dei “propri poteri di gestione del processo costituzionale”: la Consulta ha infatti utilizzato i tempi del processo e dell’apposizione di un termine al legislatore<sup>927</sup>, così approdando ad una tecnica decisionale contraddistinta da un monito “rafforzato”.

Autorevole dottrina qualifica l’“ordinanza Cappato” (che, a detta della dottrina, si legge sentenza)<sup>928</sup> proprio nel senso di un nuovo tipo di decisione da intendersi nel senso di una complessa<sup>929</sup> categoria, tramite la quale si assiste al riconoscimento e (non ancora) alla dichiarazione della parziale illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.<sup>930</sup>.

---

<sup>925</sup> Secondo Ruggeri, l’ordinanza si colloca oltre i poteri di gestione del processo costituzionale “ammissibili”; così A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord 2017 del 2018)*, cit., 108-112.

<sup>926</sup> Così M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 2018.

<sup>927</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 12.

<sup>928</sup> Così U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’... “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”*. Nota a *Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, cit., 1.

<sup>929</sup> In dottrina si è fatto riferimento all’ordinanza n. 207 come di un irrocervo; cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *giurcost.org*, 2018 FASC. III.

<sup>930</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, 2018. Basti considerare che la Corte costituzionale non ha rinviato l’udienza,

Certo è che l'adozione dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata in questione “produce una oscillazione del pendolo della Corte di non poco conto”<sup>931</sup>.

In seguito all'adozione della nuova tecnica decisionale, la norma continua a vivere nell'ordinamento giuridico, con il conseguente rischio (vanificato però, come si vedrà, dallo stesso Giudice delle leggi), che la stessa venga “esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile”.

Quello che colpisce del nuovo strumento adottato consiste nel correlato avvio di quello che è stato definito un “dialogo”<sup>932</sup> con il Parlamento, innescato dall'auspicio della Corte costituzionale consistente nella realizzazione di uno “spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale” ove lo spazio discrezionale di cui quest'ultimo è titolare sembra costituire la premessa logica della previsione del termine - corrispondente al 24 settembre 2019 - contenuto nell'ordinanza. Certo è vero che la Corte costituzionale, nel delineare i “tempi”, i “modi” e “i luoghi” dell'intervento legislativo sembra avere proceduto ad accorciare la stessa discrezionalità del Parlamento<sup>933</sup>, la quale non è stata di fatto esercitata.

D'altra parte, ci si trova dinnanzi al tipico “paradosso” che caratterizza le decisioni di incompatibilità tedesche, cui il Giudice delle leggi, come si vedrà, sembra essersi implicitamente ispirato nell'ordinanza in discorso<sup>934</sup>: la discrezionalità del legislatore viene tutelata maggiormente qualora si adotti una decisione implicante un raccordo con lo stesso oppure l'adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità, essendo priva di direttive volte ad orientare l'intervento del legislatore, lascia spazio ad un (futuro) margine di manovra dai tratti meno angusti?

Per quanto concerne il giudizio *a quo*, la Corte afferma che esso rimane sospeso.

Rispetto agli altri eventuali giudizi, il giudice stesso dovrà decidere autonomamente se questioni analoghe siano non manifestamente infondate e rilevanti<sup>935</sup>, in modo tale da escludere l'applicazione della norma accertata essere incostituzionale.

Come si può facilmente intuire, l'“ordinanza Cappato” conosce alcuni elementi strutturali tipici della sentenza di accoglimento (l'impossibilità di fare applicazione della norma oggetto) e della sentenza di inammissibilità o di rigetto (la previsione di un monito e la sopravvivenza della

---

ma, piuttosto, ne ha fissato una nuova. Così U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'...* “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, cit., 3.

<sup>931</sup> Così U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'...* “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, cit., 11.

<sup>932</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit.

<sup>933</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit. Si veda sul punto anche S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, cit., 168-170.

<sup>934</sup> Sul punto si veda K. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärungen verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988, 114.

<sup>935</sup> Cfr. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., 7.



norma accertata incostituzionale nell'ordinamento giuridico): per questo è possibile fare riferimento ad una forma del tutto peculiare di monito.

Il Giudice delle leggi ha statuito che la regolamentazione della materia spetta, in ragione delle rilevanti scelte discrezionali coinvolte, al legislatore<sup>936</sup>, con cui la Corte ha inteso istituire una forma di collaborazione “forte”<sup>937</sup>, contraddistinta, come si è già visto, da una richiesta di intervento di tipo mirato;

onde evitare, infine, la (possibile) applicazione della norma che è stata accertata essere incostituzionale, al giudice *a quo* è stato imposto di sospendere il processo in attesa della riassunzione del processo costituzionale, data calendarizzata il 24 settembre 2019; allo stesso modo agli *altri* giudici è stato imposto di non fare applicazione della disposizione “*in parte qua*”. Ebbene, il modello delle decisioni di incompatibilità tedesche, come si vedrà nel corso del capitolo terzo, conoscono una struttura e una *ratio* del tutto simile.

In definitiva, il modello tedesco della decisione di incompatibilità pare trasparire dalla struttura e dalla *ratio* della tecnica adottata dal Giudice delle leggi, ove, invece, a proposito di modelli di giustizia costituzionale stranieri, è evidente il parallelismo che è stato istituito con la Corte Suprema del Canada<sup>938</sup> e con la Corte Suprema inglese<sup>939</sup>.

Come ha segnalato attenta dottrina, l'ordinanza “chiude il cerchio” rispetto alla necessità di preoccuparsi dell'efficacia delle proprie decisioni, sperimentando meccanismi di raccordo con il legislatore e così limitando il principio, che sta alla base di tutte le tecniche manipolative, per cui la Corte debba “fare tutto da sola”<sup>940</sup>.

Tanto chiarito, nonostante il fallimento di tale esperimento decisionale, la Corte costituzionale - in occasione della pubblicazione del comunicato stampa del 25 settembre 2019 di cui si tratterà nell'ultimo capitolo - ha inteso rimanere coerente con quanto affermato nella pronuncia n. 207, non soltanto escludendo la punibilità nei casi specificamente indicati nella stessa ordinanza, ma richiamando ancora una volta il legislatore a intervenire.

---

<sup>936</sup> In tema di collaborazione istituzionale nonché di valorizzazione del ruolo del Parlamento si veda M. PICCHI, “*Leale e dialettica collaborazione*” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207 / 208 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *osservatoriosullefonti.it*, 17 e ss.

<sup>937</sup> Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 41. Ancora sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore si veda M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* In *giurcost*, 1993, II, 1803 e ss.

<sup>938</sup> Con riferimento alla sentenza 6 febbraio 2015, Carter contro Canada, 2015, CSC 5.

<sup>939</sup> Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38).

<sup>940</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 3.

## Capitolo III

### L'esperienza tedesca: pregi e nodi problematici

**Sommario:** 1. La *ratio* di un raffronto tra la “alternative Tenorierung” del *BVerfG* e la “giurisprudenza temporalmente manipolativa” della Corte costituzionale. 1.1. La *ratio* del confronto: due esempi recenti. 1.2. La problematica di un raffronto tra l'esperienza italiana e quella tedesca. 1.3. L'obiettivo del raffronto con le *Unvereinbarkeitserklärungen*. 2. La *Nichtigkeitstheorie* e la teoria dell'annullabilità. 2.1. La nullità ipso iure: il dogma. 2.2. La teoria della nullità nella Costituzione. 2.3. La nullità della norma incostituzionale e la fonte primaria: l'art. 78 del *BVerfGG*. 2.4. Il profilo della flessibilizzazione degli effetti della decisione alla luce della nullità ipso iure. 2.5. La teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale. 3. Le conseguenze della dichiarazione di nullità (§ 79 *BVerfGG*). 3.1. Le proposte di modifica degli effetti della *Nichtigkeitserklärung*. 4. Le *Unvereinbarkeitserklärungen*. 4.1. Il fondamento e la legittimazione delle dichiarazioni di incompatibilità. 4.2. L'art. 79 I del *BVerfGG* e l'art. 31 II *BVerfGG*: La rivoluzione della quarta legge di modifica del *BVerfGG*. 4.3. L'art. 31 del *BVerfGG*. 4.4. L'art. 35 del *BVerfGG*. 5. Il problema dell'individuazione di una casistica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*: la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica. 5.1. Esiste un *numerus clausus dei casi di applicazione delle Unvereinbarkeitserklärungen*? 6. Le sottocategorie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. 6.1. La sentenza di incompatibilità “pura”. 6.2. La *Unvereinbarkeitserklärung* e la c.d. *weitere Anwendbarkeit* della norma dichiarata incompatibile<sup>941</sup>. 6.2.1. Il fondamento della c.d. *Fortgeltungsanordnung*. 6.2.2. Il *punctum dolens* insito nella motivazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, soprattutto con riferimento a quelle integrate dalla *Fortgeltungsanordnung*. 6.3. La decisione di incompatibilità integrata da una *Übergangsregelung*. 7. I campi applicativi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. 7.1. La violazione del principio di uguaglianza e la tutela della sfera discrezionale del legislatore. 7.1.1. L'adozione della *Nichtigkeitserklärung* in caso di violazione del principio di uguaglianza. 7.2. La c.d. *Caos-Theorie*. 7.2.1. Certezza giuridica .... una categoria elastica. 7.2.2. La tutela del benessere comune e le *Unvereinbarkeitserklärungen* integrate dalla *Fortgeltungsanordnung*. 7.3. Il *BVerfG* e il diritto penale. 7.4. Il *topos* della pianificazione finanziaria e di bilancio. 7.5. Le *Unvereinbarkeitserklärungen* dinanzi all'omissione legislativa. 7.6. Un criterio di natura residuale: la sfera discrezionale del legislatore. 8. Le conseguenze delle dichiarazioni di incompatibilità: una panoramica generale. 8.1. Le conseguenze derivanti dall'obbligo di riforma della disciplina incompatibile: la c.d. *Nachbesserungspflicht*. 8.2. Le conseguenze specifiche delle dichiarazioni di incompatibilità. 9. La dimensione temporale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*: uno strumento decisionale flessibile.

<sup>941</sup> Per la terminologia si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 171; si veda anche P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 85.

1. La ratio di un raffronto tra la “alternative Tenorierung” del BVerfG e la “giurisprudenza temporalmente manipolativa” della Corte costituzionale

“[...] Chiarire i termini di una giurisprudenza creatrice ed il rapporto fra Corte e Parlamento nella tutela dei diritti continuerà ad essere uno dei compiti della giurisprudenza costituzionale”<sup>942</sup>.

Il chiarimento di tali termini potrebbe essere facilitato alla luce dell’analisi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, le quali, come si vedrà, costituiscono uno strumento privilegiato per quanto attiene lo studio del rapporto tra Tribunale federale tedesco e legislatore nel solco della dilatazione dell’efficacia della declaratoria di incostituzionalità<sup>943</sup>.

La ratio di uno studio della giurisprudenza creativa del BVerfG - in particolare, dello strumento decisionale della *Unvereinbarkeitserklärung* - si fonda sulla giurisprudenza pregressa (e recente) della Corte costituzionale, la quale, nonostante la mancanza di una regolamentazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ha di fatto gestito gli effetti delle sentenze di accoglimento: così similmente il BVerfG prima dell’entrata in vigore della quarta legge di modifica del BVerfGG, che, tuttavia, non rappresenta una forma di regolamentazione completa delle dichiarazioni di incompatibilità<sup>944</sup>, atteso che, come si vedrà *infra* (par. 4.2) il legislatore ha previsto la semplice menzione della possibilità di dichiarare l’incompatibilità (*unvereinbarkeit*) della norma incostituzionale.

Tanto chiarito, la prassi delle *Unvereinbarkeitserklärungen* può essere suddivisa in due periodi: in un primo momento il BVerfG ha adottato le decisioni di incompatibilità a prescindere da qualsivoglia positivizzazione (la dottrina fa riferimento alla fase relativa alla insicurezza dogmatica<sup>945</sup>); in un secondo momento, invece, il loro utilizzo ha conosciuto una (relativa) legittimazione alla luce dell’entrata in vigore della menzionata quarta legge di modifica<sup>946</sup>.

Si consideri, peraltro, che l’invenzione di tale tipologia decisionale non è dipesa da motivi teorici, dogmatici e comprovati.

---

<sup>942</sup> Cfr. M. PANEBIANCO, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisorii e ruolo del Parlamento. Note “inevitabilmente intermedie”*, in [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2019, 8.

<sup>943</sup> Si consideri che chi scrive ritiene che le *Unvereinbarkeitserklärungen* rappresentano una forma di manipolazione degli effetti nel tempo. Tanto è vero che è dubbio se la nuova legge individuata dal legislatore debba retroagire fino al momento in cui si è consumata la violazione della costituzione oppure solamente fino al momento in cui è stata adottata la stessa pronuncia. In linea generale, però, pare che la giurisprudenza del BVerfG confermi la retrodatazione della nuova disciplina individuata dal legislatore perlomeno con riferimento ai rapporti non ancora esauriti. Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 40. Diversamente V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali*, cit., 192.

<sup>944</sup> Cfr. C. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2018, 321: il legislatore avrebbe regolamentato le *Unvereinbarkeitserklärungen* secondo una modalità del tutto insufficiente, soprattutto con riferimento alle conseguenze delle stesse.

<sup>945</sup> Così significativamente P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988, 30 ff.

<sup>946</sup> Si veda sul punto H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVB*, 2007, 918.

E infatti, pur in presenza della vigenza del dogma della nullità, il *BVerfG* ha “inventato” nuove e significative tipologie decisionali<sup>947</sup> che ormai sono “saldamente ancorate alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale e sono diventate indispensabili”<sup>948</sup>.

Nonostante normative diverse (e tempi diversi), la Corte costituzionale e il *BVerfG* hanno di fatto percepito la medesima esigenza nel corso della loro attività di Custodi delle leggi: l'invenzione di tecniche decisionali idonee a mitigare gli effetti derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità<sup>949</sup>.

Inoltre, in generale, è possibile registrare una comune linea di tendenza: i Tribunali costituzionali tendono a creare una flessibilità normativa e/o temporale delle proprie decisioni<sup>950</sup>, con ciò ponendosi, secondo una parte della dottrina, addirittura in un rapporto concorrenziale con la legislazione<sup>951</sup>.

Quanto appena segnalato non deve stupire, atteso che gli effetti della sentenza di accoglimento ruotano intorno al perno del principio di retroattività, così come le cd. *Nichtigkeitserklärungen* adottate dal Tribunale costituzionale federale<sup>952</sup>.

In altre parole, la Corte costituzionale ha superato i tradizionali confini tracciati dalla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento e ha apparentemente adottato il pragmatismo sotteso alle dichiarazioni di incompatibilità<sup>953</sup>: in altri termini, la *law in books* si sta rendendo sempre più autonoma dalla *law in action*<sup>954</sup>.

---

<sup>947</sup> Così G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002, 415.

<sup>948</sup> Si veda P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Nomos Gesellschaft*, Baden-Baden, 1988, 30 ss.

<sup>949</sup> Secondo Paladin „In altri sistemi di giustizia costituzionale, come ben sappiamo, si è cercato - anche se diverse sono state le conseguenze - di fare fronte al problema in questione, talora sul piano delle disposizioni facenti parte della Carta costituzionale, talora servendosi di legge ordinarie, in modo esplicito od anche in modo implicito, per quanto consentito dalle rispettive Costituzioni. Implicitamente, per esempio, quanto al Tribunale tedesco di Karlsruhe, per cui il § 35 della legge istitutiva stabilisce che esso può regolare la forma e le modalità dell'esecuzione delle sue sentenze, con le conseguenze che ben conosciamo, quanto a quell'ordinamento“. So L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in A.A.V.V., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 7-8.

<sup>950</sup> Così M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2014, 1 ff. Ancora, si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., 279.

<sup>951</sup> Panzera fa riferimento al criterio della flessibilità quale nuovo canone delle decisioni di accoglimento. Così. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 165-166.

<sup>952</sup> Si tratta della declaratoria di incostituzionalità, corrispondente alla sentenza di accoglimento. Tuttavia vi sono rilevanti differenze tra le due tipologie decisionali. Si pensi al piano degli effetti: la *Unvereinbarkeitserklärung* conosce (talvolta) una diffusione degli effetti *pro-futuro*, soprattutto nel campo del diritto tributario.

<sup>953</sup> Secondo Ipse il *BVerfG* “regelmäßig pragmatisch vor und orientiert seine Entscheidung an den Besonderheiten des einzelnen Falles”. Vgl. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos, 1980, 141.

<sup>954</sup> Ne sono esempi la sentenza n. 10/2015 e la ordinanza n. 207/2018.

Con riferimento all'ordinamento tedesco, l'adozione delle decisioni di incompatibilità ha fortemente influito sull'indebolimento della rigida efficacia delle sentenze di nullità, contraddistinte, come suggestivamente segnalato dalla dottrina, dal principio "tutto o niente"<sup>955</sup>. Come si è avuto modo di vedere, in un caso significativo (cfr. la sent. n. 10 del 2015), la Corte costituzionale sembra essersi mossa - *contra legem* - nella direzione della prassi tedesca (seppur secondo una modalità *sui generis*) prevedendo solamente un'efficacia *pro-futuro*.

In un caso più recente (ord. n. 207/2018), la Corte costituzionale si è addirittura - pur tacitamente e implicitamente - basata sulla tecnica e sulla *ratio* delle *Unvereinbarkeitserklärungen*<sup>956</sup>, in tal modo aderendo a quanto era stato scritto da Zagrebelsky, secondo il quale "a parte l'improbabile eventualità di modifiche legislative che valgano a rendere più duttili gli strumenti della Corte, onde consentire di farsi carico, oltre che dell'interesse alla costituzionalità delle leggi, anche di quello della continuità dell'ordinamento giuridico, qualche risultato può essere raggiunto direttamente dalla Corte costituzionale, in via giurisprudenziale. In effetti, aperture consapevoli in questa direzione sono contenute in varie importanti decisioni del periodo più recente"<sup>957</sup>.

Un simile ragionamento brilla oggi per la sua attualità, tanto è vero che il Giudice costituzionale Cartabia sembrerebbe avere recentemente aperto *ex professo* la giurisprudenza della Corte costituzionale alla gestione temporale degli effetti: la sent. n. 10 del 2015 sarebbe una novità, in quanto avrebbe di fatto "affrontato il problema (non nuovo, peraltro, della giurisprudenza costituzionale) e chiarito le ipotesi e le situazioni, eccezionali, in cui la Corte può e deve modulare gli effetti delle sue decisioni, quando ciò sia necessario affinché una sentenza di accoglimento non generi paradossalmente a sua volta ulteriori vizi di legittimità costituzionale"<sup>958</sup>.

---

<sup>955</sup> Cfr. H. BETHGE (a cura di MSKB), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, Rn. 206, 2018, 107.

<sup>956</sup> Così M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 2019, 4 ff.; D. PARIS, *Dal rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *cortisupremeesalute.it*, 2018, 8 ff.

<sup>957</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 309.

<sup>958</sup> M. CARTABIA, *Il Giudice e lo studioso di fronte agli effetti delle decisioni di incostituzionalità*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2018, 12-13. La Corte costituzionale e il *Bundesverfassungsgericht* si stanno avvicinando dal punto di vista della gestione degli effetti delle proprie decisioni: la *ratio* di una gestione degli effetti interessa principalmente la materia economico-finanziaria. Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, 465, nota n. 97.

### 1.1. La ratio del confronto: due esempi recenti

Le decisioni rilevanti ai fini della comprensione della *ratio* di un raffronto con la prassi temporalmente manipolativa tedesca sembrano essere due<sup>959</sup>.

Da un lato, appunto, la menzionata sent. n. 10 del 2015, dall'altro lato (soprattutto) l'ordinanza Cappato, che si presenta come una sentenza di incompatibilità *sui generis*, anche alla luce di quanto affermato dal Giudice costituzionale Lattanzi, il quale, avendo affermato di confidare “fortemente che il Parlamento dia seguito a questa nuova forma di collaborazione, nel processo di attuazione della Costituzione, e non perda l'occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete”<sup>960</sup>, ha di fatto sconfessato il fine sotteso alla pronuncia, cioè a dire quello di salvaguardare la discrezionalità del legislatore nel solco di un'opera di graduazione dell'illegittimità costituzionale<sup>961</sup>.

Con riferimento alla prima decisione menzionata, la Corte costituzionale ha svolto una “forte gestione” degli effetti *ex nunc*, operando un riferimento diretto alle più significative esperienze europee di flessibilizzazione degli effetti<sup>962</sup>, in tal senso affermando “del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee - quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese - mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, nuovo giudizio in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale”<sup>963</sup>.

Il Giudice costituzionale italiano menziona la prassi tedesca<sup>964</sup> per fornire alla creativa (e non regolamentata) gestione degli effetti una base legittimante.

---

<sup>959</sup> La gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità potrebbe rappresentare una forma di *self-straint*. Cfr. I. SPADARO, *Corte costituzionale e sentenze di accoglimento a retroattività limitata: alla ricerca di un difficile equilibrio tra Stato sociale e sanità dei conti pubblici*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2019.

<sup>960</sup> Così G. LATTANZI, *Relazione in occasione della riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2019, 12.

<sup>961</sup> Si veda C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2019.

<sup>962</sup> Così F. GALLARATI, *La Robin Tax e l'“incostituzionalità d'ora in poi”: spunti di riflessione a margine della sentenza n. 10 del 2015*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 20-23, il quale compara la modulazione degli effetti con riferimento all'esperienza austriaca, spagnola e portoghese.

<sup>963</sup> Cfr. Cons. in dir. p.to 7.

<sup>964</sup> Vero è che le *Unvereinbarkeitserklärungen* non vengono nominate. La “Erfindungsgeschichte”, cioè a dire la storia della nascita di tale tipologia decisionale viene analizzata da Anzon proprio con riferimento alla sentenza “dieci”, la quale viene valutata positivamente; A. ANZON, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015, 3, nota n. 2; per una panoramica “geo-giuridica” della prassi tedesca alla luce della sent. n. 10/2015 si veda F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.



La giustificazione si basa sul concreto pericolo che il danno finanziario conseguente all'efficacia retroattiva avrebbe inciso su "altre esigenze costituzionali"<sup>965</sup>, con ciò comprimendole; come verrà messo in luce di seguito, le sentenze di incompatibilità sono un esempio importante di flessibilizzazione degli effetti alla luce di esigenze di natura statale, fortemente connesse con la "teoria del caos"<sup>966</sup>, uno degli ambiti applicativi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Come correttamente affermato dalla dottrina italiana, l'indicazione da parte della Consulta della gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità con riferimento al sistema austriaco e portoghese non può che assumere un significato diverso rispetto al richiamo all'esperienza tedesca, perché "nel caso tedesco, i testi normativi hanno legittimato ex post una prassi invalsa nella giurisprudenza nel silenzio della legge fondamentale"<sup>967</sup>.

Eppure, la sent. n. 10/2015 presenta un chiaro elemento di differenziazione rispetto alle sentenze di incompatibilità tedesche, cioè a dire l'assenza - nella parte motiva della pronuncia - di un obbligo di riforma in capo al legislatore ad esse integrato.

Inoltre, la Corte costituzionale non dichiara la (sola) incompatibilità della norma incostituzionale, bensì la sua incostituzionalità, con ciò corrispondendo ad una dichiarazione di nullità (*Nichtigkeitserklärung*).

La conclusione che emerge da questa prospettiva è che con riferimento al caso della sentenza "dieci" la prassi temporalmente manipolativa tedesca e italiana si sono incontrate (solamente) sotto l'angolo prospettico della direzione temporale che ha assunto l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità.

Eppure, in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015 si è manifestato un rinnovato interesse da parte della dottrina alla prassi temporalmente manipolativa del del *BVerfG*; lo stesso è a dirsi con riferimento all'adozione dell'ord. n. 207 del 2018<sup>968</sup>.

---

<sup>965</sup> I. MASSAPINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale; ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in costituzionalismo. it, fasc. 1, 2015.

<sup>966</sup> Cfr. Corte cost. Cons. in dir. n. 7: "Il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»: per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi".

<sup>967</sup> Cfr. A. PINO, E. FURNO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?* Quaderni costituzionali, 2015, 2. Diverso è il caso spagnolo, rispetto al quale si rinvia al secondo capitolo.

<sup>968</sup> Non solo. Secondo la dottrina "la Corte ha scientemente voluto arricchire il ventaglio delle decisioni a sua disposizione in modo da poter utilizzare il nuovo strumento anche *pro futuro*". Siehe C. SALOI, *Il Forum. Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2019, 226.

Nell'ordinanza "Cappato" la Corte costituzionale non menziona la prassi tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen*; tuttavia, con riferimento alla *ratio* sottesa alla decisione della Corte, il peso della dichiarazione di incompatibilità non è certamente inferiore: al contrario<sup>969</sup>.

Tale decisione, come ampiamente evidenziato nel corso del secondo capitolo, era finalizzata ad istituire un "rapporto diretto fra il tribunale costituzionale e il legislatore"<sup>970</sup>; non solo, la Corte costituzionale ha anche sospeso il giudizio (così come gli altri "processi in cui rileva la medesima questione di legittimità costituzionale")<sup>971</sup> nell'auspicio di un futuro intervento legislativo, in ciò avvicinandosi all'esperienza della *Frist* tedesca.

Tuttavia vi sono rilevanti differenze tra l'ordinanza "Cappato" e la struttura "classica" delle decisioni di incompatibilità.

In primo luogo, la pronuncia non è definitiva, trattandosi di un'ordinanza di natura interlocutoria<sup>972</sup>; in secondo luogo, conseguentemente, la Corte costituzionale si è limitata ad accertare (secondo una modalità del tutto *sui generis*) l'incostituzionalità della disciplina normativa<sup>973</sup>. Pertanto, la scadenza sarebbe di fatto dotata di una forza vincolante inferiore rispetto a quella che caratterizza le decisioni di incompatibilità<sup>974</sup>.

Non è un caso, quindi, che l'ordinanza Cappato sia stata definita una "dichiarazione di incompatibilità all'italiana"<sup>975</sup>; peraltro, la novità rappresentata dalla pronuncia in questione è

---

<sup>969</sup> Nell'ordinanza la Corte costituzionale descrive sinteticamente *ad adiuvandum* la prassi inglese e canadese in quanto il raccordo tra Giudice costituzionale e legislatore gioca un ruolo fondamentale. *Amplius* P. PASSAGLIA, *Il Forum*, cit., 236. Secondo l'Autore la prassi del *BVerfG* è quella che viene menzionata più frequentemente dal *BVerfG* "Le due esperienze citate non rientrano tra quelle più frequentemente evocate dalla Corte, che predilige i riferimenti alla Germania e, in subordine, alla Francia". Vgl. P. PASSAGLIA, *Il Forum*, cit., 236. Inoltre, il "complesso bilanciamento tra la tutela dei diritti coinvolti e la creazione di una lacuna normativa che determinerebbe una situazione di maggiore incostituzionalità" - di cui si colora l'ordinanza Cappato - è stato oggetto di risoluzione con riferimento all'esperienza tedesca e spagnola. So R. ROMBOLI, *Il Forum*, cit., 237.

<sup>970</sup> Così M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in (Hsg. von A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI) *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Giappichelli, Torino, 1993, 44.

<sup>971</sup> Ord. n. 207/2018 Cons. in dir. 11: "Onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione medio tempore, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità - ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia - la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua".

<sup>972</sup> Si veda M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, 2018. Secondo Romboli "La particolarità consiste nel fatto di essere una dichiarazione di incostituzionalità contenuta in un provvedimento interlocutorio, tale pertanto da non chiudere il giudizio, come invece accade per le dichiarazioni di incostituzionalità". Cfr. R. ROMBOLI, in *Il Forum*, cit., 226.

<sup>973</sup> Ord. n. 207/2018, Cons. in dir. 10: "Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte".

<sup>974</sup> Si veda F. SPAGNOLI, in *Il Forum*, cit., 231.

<sup>975</sup> Cfr. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it), 2018, 8 ff. Ähnlich Passaglia: "[...] sarebbe necessario un ripensamento ab imis della normativa sul processo costituzionale, da ristrutturare alla luce dell'esperienza e, magari, essendo pronti a recepire pro futuro le indicazioni già offerte dalla giurisprudenza. L'esperienza tedesca, da questo punto di vista, è molto istruttiva".

talmente evidente che la dottrina ha menzionato la necessità di una riforma delle norme che disciplinano il processo costituzionale<sup>976</sup>.

Quanto alla *ratio*, la rinuncia alla sentenza di accoglimento si basa quindi (tacitamente) sulla teoria delle conseguenze giuridiche, che giustifica in parte (come si vedrà) le dichiarazioni di incompatibilità tedesche.

### 1.2. La problematica di un raffronto tra l'esperienza italiana e quella tedesca

In generale, il trapianto di una tipologia di decisione straniera nell'arsenale decisionale del Tribunale costituzionale considerato non è immediato<sup>977</sup>.

Occorrerebbe infatti da un lato tenere in considerazione la disciplina normativa sottesa all'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, e, dall'altro, tenere in considerazione le relazioni intercorrenti tra gli organi costituzionali.

Tuttavia, le differenze tra i due sistemi giuridici sono forse suscettibili di una qualche forma di attenuazione sotto più profili.

In primo luogo, se è vero che la disciplina giuridica delle sentenze di accoglimento e delle *Nichtigkeitserklärungen* è diversa, tuttavia entrambe le tipologie decisionali di natura cassatoria si

---

Il ragionamento dell'autore presenta però un risvolto critico: "Resta il forte dubbio, però, della reale praticabilità di questa soluzione nel contesto politico italiano di oggi". P. PASSAGLIA, in *Il Forum*, cit., 224. Ancora Parisi: "When confronted with a legislative omission, the Court can normally choose between two alternatives: either not to declare the law unconstitutional and ask the legislature to replace it or to declare it unconstitutional and replace it itself. The former can be ineffective if the legislature does not react; the latter is problematic in light of the separation of powers. In this case, the Court chooses a third alternative: even if the order contains full reasoning, its operative part only reschedules the proceeding until the end of September 2019. This is to give the legislature enough time enough to amend the questioned law according to the Court's instruction. Meanwhile, the criminal proceeding in which the question of constitutionality arose remains suspended. If other judges happen to apply the same rule, they would also have to stay their proceedings and refer a question to the Court. This rather unexpected and creative move by the Court is clearly inspired by the *Unvereinbarkeitserklärung* of the German Constitutional Court, [2] a type of decision by which the Court only declares a law incompatible with the Constitution and assigns the legislature a deadline to redress the unconstitutionality. In Germany, this type of decision has been successful because the German legislature usually reacts in due time to the requests of the Court. It is an open question as to whether a similar type of decision would be equally effective in Italy, where, historically, the Court's appeals to the legislature to amend or replace unconstitutional law had fallen on deaf ears. Uncertain as a prediction can be, there is a good chance that no new law will be passed until next September on this subject matter, because assisted suicide does not score among the top priorities of the current government. Should this be the case, however, in September 2019 the Court cannot be blamed for overstepping the legislature by redressing the unconstitutionality itself as a result of an express inertia of the legislature". D. PARIS, *The Italian Constitutional Court on Assisted Suicide: Crime or Right?*, in *iconnectblog.com.*, 2019.

<sup>976</sup> Secondo P. PASSAGLIA: "Una strada diversa sarebbe quella dell'elaborazione da parte del legislatore di un corpus normativo che consentisse davvero alla Corte di spiegare la propria attività in applicazione di regole generali di matrice eteronoma". Così P. PASSAGLIA, *Il Forum*, cit., 224.

<sup>977</sup> Già al convegno "Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere", si discusse ampiamente delle decisioni di incompatibilità tedesche.

pongono alla base di uno sconvolgimento della vita giuridica in ragione della loro efficacia retroattiva<sup>978</sup>.

Tanto è vero che nell'ordinamento giuridico tedesco, la decisione di incompatibilità è stata dapprima inventata dal *BVerfG*, e in seguito (pur parzialmente) disciplinata e riconosciuta (non senza incertezze) quale strumento decisionale<sup>979</sup>.

Similmente, attraverso la propria giurisprudenza “la Corte costituzionale è venuta a precisare, determinare o creare regole e principi del processo costituzionale<sup>980</sup>”, e ciò alla luce delle concrete esigenze percepite dalla stessa al fine di porre in essere una gestione “funzionale” della giustizia costituzionale.

Ad esempio, per quanto riguarda la presenza di terzi nel processo costituzionale, la Corte costituzionale ha disciplinato le norme procedurali una volta adottate decisioni rilevanti rispetto a quello specifico profilo della giustizia costituzionale: non solo, la Consulta ha elaborato, nella sentenza n. 1 del 1956, la “disciplina vivente del processo costituzionale”<sup>981</sup>, oltre che plasmare in modo significativo il requisito della rilevanza<sup>982</sup>.

Non è quindi un caso che la Corte introduca in via pretoria anche nuovi modelli decisionali, rendendosi così autrice di episodi giurisprudenziali “atipici”: essa agisce in modo considerevole sul proprio processo.

In secondo luogo, è pur vero che il rapporto tra la Corte Costituzionale e Parlamento in Italia è diverso da quello che contraddistingue i due organi costituzionali nell'ordinamento tedesco.

La questione è stata ampiamente e suggestivamente discussa (con specifico riferimento alle *Unvereinbarkeitserklärungen*) da Cervati.

Basti considerare, a titolo di esempio, che il giurista si chiedeva che cosa sarebbe potuto accadere qualora il legislatore non avesse rispettato l'obbligo di riforma di una norma incostituzionale<sup>983</sup>, atteso che il rapporto Corte costituzionale e il legislatore corrisponde ad un dialogo “estenuante

---

<sup>978</sup> La dottrina tedesca si riferisce ad una “Erschüttung des Rechtslebens”. Cfr. F. PREISER, *Rechtsaatswidrige Rechtsunsicherheit*, in *DöV*, 1968, 545.

<sup>979</sup> Da un lato la teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale ha giocato un ruolo importante, dall'altro la prassi del *BVerfG* ha superato la rigidità del dogma della nullità. Cfr. M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker&Humblot, Berlin, 1993, 34.

<sup>980</sup> R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in Studi in onore di Franco Modugno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 3017.

<sup>981</sup> Cfr. M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 34.

<sup>982</sup> R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, cit., 3022. La Consulta peraltro non sempre ha rispettato il “nesso di incidentalità” nel campo del controllo concreto delle norme.

<sup>983</sup> A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca e italiana*, in Effetti temporali, cit., 289. Tuttavia, tale problematica si inverte anche nell'ordinamento tedesco (*infra*). Cfr. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998, 32.

e sovraccarico di silenzio”<sup>984</sup>, considerato, peraltro, che sentenze di accoglimento non hanno forza di legge e non vincolano gli altri organi costituzionali come le decisioni del *BVerfG*<sup>985</sup>.

Sempre con riferimento al rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento, si consideri che secondo Luciani la Corte potrebbe pur adottare una decisione di incompatibilità accogliendo la questione di legittimità costituzionale senza - contestualmente - adottare una declaratoria di incostituzionalità<sup>986</sup>.

Eppure potrebbero essere enucleati quattro profili problematici:

In primo luogo, le conseguenze giuridiche delle dichiarazioni di incompatibilità non sono chiare, sono “oscuri”<sup>987</sup>;

In secondo luogo - e tale ragione è quella che rileva maggiormente nel presente discorso - le sentenze di accoglimento non hanno forza di legge e non hanno effetto vincolante<sup>988</sup>.

L'Autore afferma nel dettaglio che “in assenza di una specifica previsione normativa, la nostra Corte può determinare gli effetti delle sue pronunce solo in senso improprio, perchè nessuno è vincolato dalle sue statuizioni, diversamente dalla sentenza di incompatibilità”.

Allo stesso modo però, secondo l'autorevole dottrina di Battis “alla luce del proprio potere discrezionale il Tribunale (costituzionale federale n.d.r) non ha la competenza giuridica per determinare le conseguenze giuridiche dell'incostituzionalità delle norme”<sup>989</sup>.

---

<sup>984</sup> Si veda P. PASSAGLIA, in *Il Forum*. cit., 224.

<sup>985</sup> Sulla forza di legge della declaratoria di incostituzionalità si veda A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1979, 146; la Nichtigkeitserklärung viene qualificata nel senso di un atto rispetto alla legislazione da parte di A. K. BETTERMANN, *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?* In *DVB1*, 1982, 93; Über die Schwierigkeiten die Gesetzkraft der Verfassungswidrigkeitserklärung s. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, cit., 148; siehe noch M. SACHS, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, Vahlen, München, 1977, 66-72; sull'efficacia del § 31 Abs. 2 BVerfGG si veda ancora una volta A. K. BETTERMANN, *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?* In *DVB1*, 1982, 91. Siehe A. PISANESCHI, *Le sentenze di “costituzionalità provvisoria” e di “incostituzionalità non dichiarata”: la transitorietà del giudizio costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1989, 630-631. Diversamente nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, dove la forza vincolante delle decisioni del *BVerfG* è regolata. Si veda H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, in *BayVB1*, 1979, 194 ss.

<sup>986</sup> M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in *Effetti delle sentenze*, cit., 108.

<sup>987</sup> Tale “oscurità” dipende dalla modalità con cui sono state introdotte le decisioni di incompatibilità nella prassi del *BVerfG*.

Secondo parte della dottrina vi è ancora “Unklarheit in der Lehre”, cioè a dire incertezza in seno alla dottrina rispetto alle decisioni di incompatibilità. Cfr. G. F. MENDES, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, 158.

Secondo la dottrina di Zegrebelsky, la tecnica tedesca determina “il mantenimento in vita (con effetti peraltro non chiari ma comunque depotenziati), di una legge di accertata incostituzionalità Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, cit., 204.

Sulla di gestione del processo costituzionale da parte del *BVerfG* - “die Selbstverständlichkeit, mit der das Gericht sein Prozessgesetz beiseite lässt oder fantasievoll verbessert, erstaunt immer aufs neue [...]” - si veda C. PESTALOZZA, *Das Sportwetten-Urteil des BVerfG*, in *NJW*, 24/2006, 1713. In questo senso anche A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3203 e J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *DöV*, 1973, 594.

<sup>988</sup> In questo senso M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in *Effetti delle sentenze*, cit., 110.

<sup>989</sup> U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 802. In senso non dissimile W. BROHM, *Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?* in *NJW*, 2001, 2.



Del resto, le *Unvereinbarkeitserklärungen* hanno forza di legge (*infra*)<sup>990</sup>: sorge tuttavia un rilevante nodo problematico, atteso che - pur in linea del tutto generale - “con questa decisione non è facile stabilire [...] che cosa sia diritto”<sup>991</sup>.

In terzo luogo, la legittimazione del Tribunale costituzionale federale differirebbe da quella della Corte costituzionale<sup>992</sup>, essendo il primo, a differenza del secondo, un vero e proprio attore politico, o se si preferisce il *dominus* delle controversie.

Il legislatore tedesco darebbe seguito alle pronunce del Giudice costituzionale perchè questi esprime nel sistema una diversa polarità decisionale politica, esaminando in effetti il *BVerfG* “nel dettaglio quali conseguenze deriverebbero dalla dichiarazione di nullità e valuta la loro conformità a Costituzione”<sup>993</sup>.

Inoltre, la questione relativa alla disponibilità degli effetti della decisione - che impone di qualificare il *BVerfG* quale, appunto, “dominus delle controversie” - ha fortemente interessato la dottrina, secondo parte della quale le sentenze di incompatibilità non sarebbero prive di criticità in relazione al rapporto con i giudici<sup>994</sup>. Peraltro, anche il fondamento giuridico delle diverse varianti della sentenza di incompatibilità continua ad essere controverso, così come la mancata (soddisfacente) giustificazione della rinuncia alla dichiarazione di nullità che talvolta contraddistingue la prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*.

Da ultimo, la *ratio* delle dichiarazioni di incompatibilità sarebbe del tutto simile a quella della pronuncia additiva o di quella sostitutiva, cioè a dire l'esigenza di evitare un vuoto normativo sulla falsariga dell'*horror vacui* e di salvaguardare la sfera discrezionale del legislatore<sup>995</sup>.

Ebbene, secondo parte della dottrina italiana lo scopo della sentenza di incompatibilità sarebbe pertanto già (ampiamente) raggiunto per il tramite della diffusione di tipologie decisionali “interne”<sup>996</sup>.

Tuttavia, l'ordinanza Cappato rappresenta una novità unica nel suo genere<sup>997</sup>, e ciononostante la particolarità del caso sotteso alla pronuncia: in occasione della stessa, la Consulta ha

---

<sup>990</sup> Cfr. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, cit., 64.

<sup>991</sup> Cfr. A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, cit., 64.

<sup>992</sup> Sulla relazione tra *BVerfG* e legislatore si veda U. SCHEUNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in *DöV*, 1980, 474 ss.

<sup>993</sup> Si veda A.P. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, cit., 66.

<sup>994</sup> M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, cit., 45.

<sup>995</sup> M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in *Effetti delle sentenze*, cit., 109. Sulla rilevanza della discrezionalità del legislatore con riferimento alla giurisprudenza costituzionale si veda G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 310.

<sup>996</sup> Si veda anche A. ANZON, che aveva proceduto negli anni novanta ad una analisi delle tipologie decisionali volte a evitare “effetti demolitori” della declaratoria di incostituzionalità. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3199.

<sup>997</sup> „Condensa in sè elementi propri sia delle sentenze di inammissibilità con monito per rispetto della discrezionalità del legislatore, sia di quelle additive di principio”: così C. SALOI, *Il Forum*, cit., 226. Si veda sul punto M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 11.



manifestato l'esigenza di svolgere il proprio ruolo di Custode delle leggi nel solco del rispetto della discrezionalità del legislatore, non senza *manifestare* l'esigenza di una forma di raccordo con l'organo titolare del potere legislativo.

### 1.3. L'obiettivo del raffronto con le Unvereinbarkeitserklärungen

Un confronto serrato con la *ratio* e con i nodi critici delle *Unvereinbarkeitserklärungen* risulta utile non solo al fine di valutarne possibili sbocchi nella giurisprudenza costituzionale italiana, ma anche per indagare una questione ancora aperta che interessa la Consulta sin dall'inizio della propria attività di Custode delle Costituzioni, cioè a dire quella relativa ai limiti dell'efficacia retroattiva.

Le dichiarazioni di incompatibilità sono evidenziate nei loro aspetti positivi e negativi, poiché un possibile “trapianto” all'italiana costituisce una possibile eventualità, così come mostrato dall'ordinanza Cappato: “in effetti, sotto diversi profili, l'ordinanza 207 sembra condividere le caratteristiche delle Unvereinbarkeitserklärungen”<sup>998</sup>.

## 2. La *Nichtigkeitslehre* e la teoria dell'annullabilità

La teoria della nullità (*Nichtigkeitslehre*) e la teoria dell'annullabilità<sup>999</sup> della norma incostituzionale rappresentano due posizioni dogmatiche opposte<sup>1000</sup>.

Lo studio della contrapposizione che interessa la nullità o l'annullabilità di una norma non conforme a Costituzione non costituisce solamente un interessante esercizio di natura giuridico-dogmatica; anzi, esso conduce ad una riflessione sulla gestione pragmatica degli effetti della declaratoria di incostituzionalità<sup>1001</sup>, nonostante secondo la dottrina tedesca maggioritaria sia irrilevante che la mera decisione di incompatibilità conosca momenti costitutivi propri diversi rispetto alla *Nichtigkeitserklärung*.

---

<sup>998</sup> Così D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 9.

<sup>999</sup> Cfr. H. MÜLLER, *Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzteiles das ganze Gesetz nichtig?* In *DVBl*, 1964, 104.

<sup>1000</sup> Si veda H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?* Athenäum, Frankfurt am Main, 1974, 6.

<sup>1001</sup> Così M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur Ratio der fehlerfolgendendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, in *DVBl*, 2008, 565. La problematica riguarda altresì la Weiteranwendbarkeit delle norme incostituzionali. Söhn si chiede se “die Feststellung einer Verfassungsverletzung ohne Nichtigkeitserklärung der inkriminierten Vorschrift eine weitere Anwendungspflicht für Gerichte und Verwaltung impliziert oder zu einer Vefahrensaussetzung führen kann (und muß), gewonnen”. Così SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 4-5.

Vi è infatti da considerare che ancora oggi è controverso<sup>1002</sup> se la sentenza di nullità (c.d. *Nichtigkeitserklärung*) abbia efficacia dichiarativa o costitutiva<sup>1003</sup>; peraltro, facendo parte “la questione relativa alle conseguenze della constatazione della nullità” del “problema generale delle conseguenze della collisione di norme di rango inferiore con norme di rango superiore [...]”<sup>1004</sup>, la corretta identificazione della natura della sentenza di nullità risulta ancora più difficoltosa.

Ciononostante, la dottrina è consapevole del primato della teoria della nullità nel quadro del dibattito scientifico costituzionale<sup>1005</sup>; al tempo stesso la prassi del *BVerfG* ruota ancora intorno al dogma della nullità della norma incostituzionale.

Tuttavia, il primato di tale principio ha conosciuto uno svilimento- a partire dagli anni '70 - alla luce della diffusione della prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, rispetto alla quale non casualmente si è fatto riferimento al “superamento [...] dell’equivalenza tra incostituzionalità - nullità”<sup>1006</sup>, atteso che talvolta il dogma della nullità della norma incostituzionale non può “fisiologicamente” svolgere una funzione consona al rispristino della legalità violata<sup>1007</sup>.

La c.d. *Nichtigkeitslehre*, però, assume ancora un ruolo centrale nella dimensione temporale degli effetti delle pronunce del *BVerfG*. In questo senso è significativa la recente tesi di Breuer, secondo il quale “[...] il dogma tradizionale della nullità ipso-iure ha precluso al legislatore l’opzione di una scelta tra la soluzione ex-tunc ed ex-nunc [...]”<sup>1008</sup> rendendosi necessaria, allo stato attuale, l’assunzione di una chiara posizione legislativa su tale (complesso) aspetto<sup>1009</sup>.

---

<sup>1002</sup> Cfr. C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen*, in *DVBl*, 1997, 1264.

<sup>1003</sup> Così si è espresso Schwindt. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar-Köln, 2014, 4.

<sup>1004</sup> Così H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, in *JZ*, 1967, 116.

<sup>1005</sup> Si veda STAHL, *Das Argument der Finanz- und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, in *DÖV*, 2008, 195.

<sup>1006</sup> In questo senso molto chiaramente M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova, Cedam, 2000, 310. Si tratta di un tema attuale. Si veda S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, 96.

<sup>1007</sup> Così C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen*, cit., 1269. Ancora, sul punto si veda H. P. SCHNEIDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, in *NJW*, 1980, 2110.

<sup>1008</sup> M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur ratio der fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, cit., 565.

<sup>1009</sup> M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur ratio der fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, cit., 565. Secondo Betge il dogma della nullità ha tenore costituzionale. Così H. BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, Rn. 142, 80, 2018, il quale fa riferimento al dogma della nullità quale “pregio”.

## 2.1. La nullità ipso iure: il dogma

Come già accennato, la nullità della norma incostituzionale non è definita e regolata né nella Costituzione<sup>1010</sup> né nel *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*<sup>1011</sup>.

Il dogma della nullità rappresenta la generale invalidità di una norma<sup>1012</sup>, così come l'inefficacia fin dall'inizio della stessa<sup>1013</sup>.

Böckenförde ha autorevolmente fornito una definizione del dogma della nullità: “in generale, nullità significa assenza di significato giuridico. L'atto nullo non esiste in diritto e non può mai produrre effetti giuridici. Chiunque può invocare la nullità in quel momento”<sup>1014</sup>.

La teoria della nullità *ipso iure* di una norma incostituzionale riscontra successo in seno alla dottrina sin dagli anni cinquanta: è pertanto possibile sostenere con certezza che la nullità *ipso iure*<sup>1015</sup> appartiene alla tradizione giuspubblicistica.

Tralasciando, per il momento, la conseguenza della nullità *ipso iure*, potrebbero essere prese in considerazione due diverse sorti della norma incostituzionale.

In primo luogo, l'ordinamento giuridico potrebbe tollerare la presenza di norme “incompatibili con la costituzione fin dall'inizio” e poi “lasciare al legislatore la facoltà di abrogarle, se lo ritiene opportuno”<sup>1016</sup>; in secondo luogo, la nullità di una norma potrebbe derivare dalla sola pronuncia del Tribunale costituzionale<sup>1017</sup>.

Tanto chiarito, nell'ordinamento giuridico tedesco prevale il dogma per il quale le leggi incostituzionali non sono valide e non sono suscettibili di applicazione<sup>1018</sup>: se così non fosse, le *Unvereinbarkeitserklärungen* non potrebbero rappresentare un *minus* rispetto alla dichiarazione di nullità<sup>1019</sup>.

---

<sup>1010</sup> J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in DÖV, 1970, 592. MAUNZ, *Das verfassungswidrige Gesetz*, BayVBl. 1980 Heft 17.

<sup>1011</sup> Anche la dottrina italiana sembra concordare in questo senso. Si veda R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993, 150. Siehe auch M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 119.

<sup>1012</sup> Quanto all'efficacia *ex tunc* si veda BVerfGE 1, 12 (36) e la famosa Apotheken Urteil 7, 377 (387).

<sup>1013</sup> Cfr. W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtsatzes*, in BayVBl, 1969, 232.

<sup>1014</sup> Così C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, 68.

<sup>1015</sup> Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, 34; So auch J. BLÜGGEL, *Unvereinbarung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 138; J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 75; K. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988, 95. Siehe auch G. FOLKE SCHUPPERT, *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, in AöR, 1995, 93, il quale fa riferimento ad una conseguenza giuridica “standard”. So auch K. STAHL, *Das Argument der Finanz- und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006* cit., 195.

<sup>1016</sup> Così G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, in JZ, 1961, 195.

<sup>1017</sup> G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., 195.

<sup>1018</sup> Cfr. G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., 195.

<sup>1019</sup> Si veda H. SCHMITZ-P. SAMMLER, *Mehr Freiheit für den nationalen Gesetzgeber* in AöR, 2011, 483; Cfr. anche C. STAHL, *Das Argument der Finanz- und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, cit., 195.

Volendo perseguire con l'indicazione di possibili definizioni del principio in discorso, si consideri che, ai sensi dell'art. 100 della Legge fondamentale<sup>1020</sup>, al concetto di nullità si riallaccia la categoria dell'invalidità.

La nullità delle norme incostituzionali non richiede un atto intermedio, ma si (auto)realizza “senza ulteriori indugi”<sup>1021</sup>: di qui l'incertezza giuridica<sup>1022</sup> che consegue all'irrimediabile efficacia retroattiva, strettamente correlata all'invalidità della norma incostituzionale sin dal punto di collisione (*Kollisionspunkt*) con la Legge fondamentale<sup>1023</sup>.

Come forse si è potuto intuire, l'individuazione di una concettualizzazione della *Nichtigkeitslehre* rappresenta un'operazione “giuridicamente difficile”<sup>1024</sup>.

Nonostante la difficoltà in questione, parte della dottrina ha tentato di delinearla nel senso di una concezione di regole che si è concretizzata in un principio storico-dogmatico<sup>1025</sup> o “di diritto metafisico”<sup>1026</sup>: in altri termini, la *ratio* del dogma in discorso potrebbe spiegarsi alla luce di due “modelli logico-giuridici”<sup>1027</sup>, i quali appartengono alla teoria giuridica e non conoscono alcun fondamento giuridico di natura puramente costituzionale<sup>1028</sup>.

Nello specifico, ci si riferisce a:

- a) il modello di collisione<sup>1029</sup>;
- b) il modello relativo alla validità giuridica<sup>1030</sup>.

---

<sup>1020</sup> U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, 2015, 797. Vgl. auch H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung* (§ 79 BVerfGG), cit., 407. Si veda anche S. MEYER, *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, in JZ, 437, 2017. Secondo l'Autore “Die Vorschrift spricht daher nicht nur mittelbar für die Ipso-Iure-Nichtigkeit formeller Gesetze. Sie setzt diese vielmehr selbst unmittelbar voraus”.

<sup>1021</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 112.

<sup>1022</sup> Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 45.

<sup>1023</sup> Cfr. J. BLÜGGEL, *Unvereinbarung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 137. Si veda anche H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?* cit., 7.

<sup>1024</sup> Ancora H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, cit., 116.

<sup>1025</sup> Si veda. BETHGE, BVerfGG Kommentar, MSBKG, 2019, che richiama Löwer, HStR, III, 3 Aufl. 2005, § 70 Rn. 114.

<sup>1026</sup> Ancora H. BETHGE, BVerfGG Kommentar, MSBKG, 2019, che richiama Wolfgang, Meyer, in: V. Münch/kunig (Hrsg.) GGK III, 5. Aufl., 2003, Art. 93 Rn. 39.

<sup>1027</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 73. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, 125. Sul punto si veda altresì Tramandato da C. Hartmann, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, DVBl, 1997, 1264.

<sup>1028</sup> Secondo Blüggel infatti il dogma non può essere dedotto dal tenore letterale della costituzione. J. BLÜGGEL, cit., 138. Cfr. anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 73.

<sup>1029</sup> Si veda C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? - Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, in DVBl, 1997, 1264-1269. Ancora, si consiglia M. SCHWINDT, *Rechtsfolge verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar - Köln, 2014, 5.

<sup>1030</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., si veda anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 127.

Stando alla logica sottesa al primo modello, l'ordinamento giuridico è - secondo la teoria di Kelsen - “un'unità in cui le contraddizioni sono impossibili”<sup>1031</sup>; la norma incostituzionale viene così eliminata secondo il principio “*lex superior derogat legi inferiori*”<sup>1032</sup>.

Tale teoria garantisce il primato della Costituzione, in quanto la validità di una norma incostituzionale diverrebbe lesiva della Legge fondamentale<sup>1033</sup>.

Il secondo modello<sup>1034</sup> posto in evidenza sottintende l'esistenza di una “differenza di rango tra legge e Costituzione”<sup>1035</sup>.

Un'altra (più debole) argomentazione che potrebbe porsi alla base della vitalità della nullità *ipso iure* affonde le radici nella tradizione giuridica sviluppatasi nel corso del primo costituzionalismo<sup>1036</sup> di cui Karl Schmidt fu un grande protagonista<sup>1037</sup>.

Quale risultato provvisorio<sup>1038</sup> è possibile anticipare sin d'ora che il dogma della nullità corrisponde ad un principio basato sull'inviolabilità della Costituzione; considerata peraltro anche la storia costituzionale della Germania, non pare del tutto irrilevante considerare che “anche in occasione dei lavori preparatori al *BVerfGG* nel 1951, il legislatore aveva preso le mosse dal dogma della nullità *ipso iure* della norma incostituzionale”<sup>1039</sup>.

Secondo Kreutzberger vi è un ulteriore modello esplicativo della dottrina della nullità *ipso iure*: il modello (esplicativo) dell'unità del sistema giuridico<sup>1040</sup>.

Nonostante la mancanza di chiare indicazioni della Legge fondamentale, esistono tuttavia disposizioni costituzionali dai quali risulta deducibile la nullità della norma incostituzionale: ci si riferisce agli artt. 100 I, 123 III, 20 III, 79 I alinea 1 della *GG*<sup>1041</sup>.

Vi sono anche fonti di rango primario le quali consentono di dedurre da alcune disposizioni la nullità della norma incostituzionale.

La dottrina ha individuato quindi disposizioni costituzionali e di rango primario<sup>1042</sup> che potrebbero porsi alla base della nullità *ipso iure*.

---

<sup>1031</sup> Cfr. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 73.

<sup>1032</sup> Sul modello in discorso si veda M. Löwisch, *Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, cit., 731.

<sup>1033</sup> La *Fortgeltungsanordnung* si pone in termini problematici rispetto alla *Nichtigkeitslehre*.

<sup>1034</sup> H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung (§ 79 BVerfGG)* in DÖV, 1973, 408, ha ampiamente descritto il modello in discorso.

<sup>1035</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 74.

<sup>1036</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 24-28.

<sup>1037</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 41.

<sup>1038</sup> Così W. WEIßAUER - D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, in DÖV, 1970, 325.

<sup>1039</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 36.

<sup>1040</sup> Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 41.

<sup>1041</sup> Così U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, 2015, 797, 2015. Vgl. auch H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung (§ 79 BVerfGG)*, cit., 407

<sup>1042</sup> Si consideri l'art. 78 BVerfGG e l'art. 76 BVerfGG (così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 118-119).

## 2.2. La teoria della nullità nella Costituzione

La *Nichtigkeitslehre* si basa (*rectius*: potrebbe basarsi) sull'art. 1 III, 20 III, 100, 123 I<sup>1043</sup>, 79 I alinea I GG.

Si consideri preliminarmente quanto sostenuto dall'autorevole dottrina di Ipsen, secondo il quale il tentativo di armonizzare la *Nichtigkeitslehre* con la Legge fondamentale consiste in un compito difficile, atteso che l'inveramento del dogma della nullità presenta il rischio di porsi in contraddizione e in un rapporto di lontananza con la realtà dei fatti<sup>1044</sup>.

Tanto chiarito, in generale, lo Stato di diritto e il principio democratico si pongono a fondamento della nullità degli atti dello Stato che siano incostituzionali<sup>1045</sup>.

La nullità *ipso iure* potrebbe fondarsi sull'art. 1 III e 20 III della Legge fondamentale<sup>1046</sup>; entrambe le disposizioni costituzionali rappresentano una forma di esplicazione del "rapporto tra la nullità e il monopolio del potere statale presupposto in Costituzione"<sup>1047</sup>.

Tuttavia, le disposizioni costituzionali appena indicate, se lette in combinato disposto, pongono in essere un paradosso: sembrerebbe che qualcosa di incostituzionale non possa mai esistere<sup>1048</sup>.

Il modello della collisione tra le norme si basa sull'art. 1 III, il quale vincola il potere dello Stato alla garanzia dei diritti fondamentali<sup>1049</sup>.

La *ratio* è del tutto simile all'art. 20 III della Legge fondamentale, che garantisce la gerarchia delle fonti del diritto "per mezzo di un sistema di disposizioni vincolanti"<sup>1050</sup>; eppure, se la nullità dovesse risultare da tali disposizioni, allora sarebbe di fatto necessaria una "speciale - aggiuntiva - disposizione di legge". Non è un caso che la Legge fondamentale non contenga - quanto al contenuto - alcun riferimento al rapporto gerarchico fra fonti<sup>1051</sup>.

Ancora: l'art. 123 GG disciplina l'invalidità delle norme previgenti alla Costituzione con riferimento al punto di collisione con la Legge fondamentale; tuttavia, la disposizione in questione non sembra poter giustificare la nullità della norma incostituzionale, in quanto, in caso

---

<sup>1043</sup> Le norme incostituzionali sarebbero imperative che non prevedono nulla rispetto alle conseguenze derivanti dalla non conformità a Costituzione. Così H. SÖHN, cit., 9. Si veda anche G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, in JZ, 1961, 195. Si consieri anche C. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 314.

<sup>1044</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 73.

<sup>1045</sup> Cfr. K. STAHL, *Das Argument der Finanz- und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, cit., 195.

<sup>1046</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 124.

<sup>1047</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 123, nota 17.

<sup>1048</sup> G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., 196.

<sup>1049</sup> A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1979, 103 fussnote n. 3. Così V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, NJW, 1960, 1177.

<sup>1050</sup> Si veda V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, cit., 1177.

<sup>1051</sup> Così H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 10, nota n. 23.



contrario, non vi sarebbe alcuna forma di dubbio rispetto alla possibile stessa nullità delle norme successive alla Costituzione incostituzionali<sup>1052</sup>.

L'art.100 I della GG solo in parte sembra porsi alla base del primato della *Nichtigkeitslehre*<sup>1053</sup>.

Secondo tale disposizione, “se un tribunale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende una sua decisione, il procedimento deve essere sospeso e, se si tratta della violazione della Costituzione di un Land, deve essere richiesta la decisione del tribunale del Land competente per le controversie costituzionali e, se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale, la decisione della Corte costituzionale federale. Ciò vale anche se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale da parte del diritto del Land o dell'incompatibilità di una legge di un Land con una legge federale”.

Questa disposizione conosce “solo” l'alternativa 'valida' / 'non valida': non dice alcunchè - *expressis verbis* - in punto di nullità.

Se è vero che la disposizione in questione si pone in armonia con la natura dichiarativa della sentenza di nullità, e se è altrettanto vero che il giudice, proprio in ragione dell'applicazione del dogma della nullità, “si libera” dall'applicazione di una norma della cui incostituzionalità dubita, tuttavia “ciò che è ipso iure nullo non può (ma non può) vincolare”<sup>1054</sup>.

L'articolo 123 della Legge fondamentale potrebbe anche costituire un possibile fondamento della nullità *ex-tunc*<sup>1055</sup>: secondo questa disposizione, se il diritto anteriore alla Costituzione è incostituzionale, allora l'incostituzionalità perdura fino al momento della collisione<sup>1056</sup>.

Ebbene, si potrebbe sostenere l'inapplicabilità di tale soluzione con riferimento al diritto posteriore alla Costituzione, anche perchè altrimenti il dogma della nullità non sarebbe stato così ampiamente oggetto di dibattiti dottrinali<sup>1057</sup>.

La medesima *ratio* interessa può essere applicato all'articolo 31 della Legge fondamentale, che individua la gerarchia delle fonti giuridiche<sup>1058</sup>.

---

<sup>1052</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 121, il quale prende le mosse dall'assenza di qualsivoglia regolamentazione in Costituzione rispetto alle conseguenze giuridiche derivanti dall'incostituzionalità di una norma.

<sup>1053</sup> Si veda G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, cit., 197, nota nr. 51.

<sup>1054</sup> H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 17.

<sup>1055</sup> Si veda U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 797.

<sup>1056</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 120.

<sup>1057</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 121.

<sup>1058</sup> Ancora M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 122.

### 2.3. La nullità della norma incostituzionale e la fonte primaria: l'art. 78 del BVerfGG

“Se la Corte costituzionale si convince del fatto che una legge federale è incompatibile con la Costituzione o una legge regionale con la Costituzione o con una legge federale, essa dichiara la legge nulla”<sup>1059</sup>.

L'art. 78 BVerfGG esprime il principio per cui una norma incostituzionale è inefficace e nulla sin dall'inizio<sup>1060</sup>: in questo senso è esplicativa la giurisprudenza del BVerfG, ai sensi della quale “se una disposizione non è conforme alla Costituzione, deve essere dichiarata nulla in linea di principio (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 BVerfGG)”<sup>1061</sup>.

Interessante notare che la disposizione in discorso è stata definita una norma “incompleta” a causa della diffusione delle sentenze di incompatibilità<sup>1062</sup>, le quali sembrerebbero avere in qualche modo compresso la rilevanza - oltre che il significato originario - di tale norma<sup>1063</sup>.

Secondo la dottrina di Laumen, il BVerfG dichiara l'invalidità di una norma “se l'ordine dell'ulteriore applicazione di una norma incompatibile è fuori questione[...]”<sup>1064</sup>.

In questo senso, la nullità della norma viene dichiarata solamente in via del tutto residuale, quando ulteriori tecniche decisionali non risultino conferenti a decidere rispetto al caso di specie<sup>1065</sup>.

Tanto premesso, l'art. 78 BVerfGG è applicabile con riferimento al controllo astratto e concreto delle norme (tramite il § 82 I BVerfGG), alla *Verfassungsbeschwerde* (tramite il § 95 III, alinea 1 BVerfGG), al *Normenqualifikationsverfahren* e, entro certi limiti, al *Wahlprüfungsverfahren*<sup>1066</sup>.

Il BVerfG non si è mai pronunciato sulla natura della sentenza di nullità ai sensi dell'articolo 78 I<sup>1067</sup>.

Eppure, in seguito alla modifica dell'articolo 78 del BVerfGG la natura *costitutiva* della dichiarazione di nullità può essere di fatto presa in considerazione: si consideri, infatti, che la precedente versione dell'art. 78 BVerfGG prevedeva che “se la Corte costituzionale si convince

---

<sup>1059</sup> Così l'art. 78, I BVerfGG: „Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, dass Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig“.

<sup>1060</sup> BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 797.

<sup>1061</sup> BVerfGE 82, 126 (154).

<sup>1062</sup> K. GRABHOF, § 78, in (Hrsg. C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, 1172.

<sup>1063</sup> Si veda K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1172 per una considerazione sul BVerfG quale produttore di regole (e tecniche) processuali.

<sup>1064</sup> Così S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, 95.

<sup>1065</sup> K. GRABHOF, in (Hrsg. C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, 1173.

<sup>1066</sup> Si veda anche C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, Duncker & Humblot, 1985, 188.

<sup>1067</sup> Cfr. K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1173.

del fatto che una legge federale è incompatibile con la Costituzione o una legge regionale con la Costituzione o una legge federale, essa *accerta* la nullità della norma”<sup>1068</sup>.

Ai sensi del nuovo art. 78 del *BVerfGG*, “se la Corte costituzionale federale si convince del fatto che...”, essa *dichiara* nulla la legge<sup>1069</sup>.

Secondo Götz, l'utilizzo del verbo “dichiarare” si pone a favore della natura costitutiva della dichiarazione di nullità<sup>1070</sup>.

Tuttavia, la modifica si sarebbe di fatto fondata su motivi puramente redazionali e non avrebbe inciso in alcun modo sull'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità<sup>1071</sup>: in buona sostanza, il dogma della nullità (perlomeno sul piano dogmatico) governa ancora gli effetti della *Nichtigkeitserklärung*.

#### 2.4. Il profilo della flessibilizzazione degli effetti della decisione alla luce della nullità ipso iure

Negli anni settanta la Corte costituzionale federale ha adottato due decisioni che rappresentavano di fatto un'eccezione rispetto al perimetro tracciato dal dogma della nullità della norma incostituzionale, in tal modo intraprendendo una “strada intermedia”<sup>1072</sup>.

In tali decisioni, il *BVerfG* ha dichiarato la validità della nullità della disposizione incostituzionale, precisando che “per carenze nella procedura legislativa, tuttavia, ciò vale solo se l'errore è grave o evidente”<sup>1073</sup>.

In linea del tutto teorica, un possibile spostamento degli effetti della dichiarazione di nullità sembra legarsi alla “praticabilità del diritto”: così, Von Olshausen “[...] appartiene alla praticabilità del diritto il fatto che gli atti con cui viene applicato il diritto siano razionalmente controllabili, razionalmente convincenti e quindi anche efficaci”<sup>1074</sup>.

Secondo Frowein, alla nullità *ab origine* è sottinteso anche un problema di natura costituzionale: il *BVerfG* “ha preso le mosse dalla nullità delle norme incostituzionali, ma dal punto di vista della certezza del diritto, che si confronta con la giustizia nel singolo caso, ha considerato come costituzionale l'efficacia di norme nulle entro il quadro tracciato dall'art. 79”<sup>1075</sup>.

---

<sup>1068</sup> „Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz odr Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so *stellt* es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit *fest* ...“

<sup>1069</sup> Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß...“ so *erklärt* es das Gesetz für nichtig“.

<sup>1070</sup> V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, cit., 1178.

<sup>1071</sup> BT-Drucks. VII/1471, 5. So ähnlich die Änderung von Art 31, 79 BVerfGG. BT-Drucks. VII/1471, 5. Siehe amplius M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 18-119.

<sup>1072</sup> BVerfGE 31, 47 (53); 34, 9 (25 ff).

<sup>1073</sup> Così H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 12.

<sup>1074</sup> H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, JZ, 1967, 116.

<sup>1075</sup> Cfr. J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, in DÖV, 1970, 592.

E infatti secondo la dottrina italiana “è possibile, in relazione all'ordinamento giuridico tedesco, notare una differenza tra la natura della dichiarazione dell'incostituzionalità e la sua applicazione concreta”<sup>1076</sup>.

Allo stesso modo Zagrebelsky - sempre con riferimento all'ordinamento giuridico tedesco - ha denunciato il grado di separatezza tra la constatazione (accertamento) dell'incostituzionalità di una disposizione e la dichiarazione della sua incostituzionalità<sup>1077</sup>.

In particolare, è possibile registrare una differenza tra l'efficacia e l'effetto vincolante della forza di legge, poiché secondo l'articolo 79 del *BVerfGG* in seguito all'adozione di una sentenza di nullità è consentito al giudice di richiedere una nuova valutazione della causa<sup>1078</sup>.

Pertanto, le modalità di applicazione della decisione nei singoli casi potrebbero essere stabilite autonomamente dalla Corte costituzionale federale<sup>1079</sup>.

## 2.5. La teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale

Grazie alle *Unvereinbarkeitserklärungen* il *BVerfG* avrebbe “[...] aperto una terza via tra quella dell'annullamento e quella della determinazione della costituzionalità delle leggi”<sup>1080</sup>.

Già a partire dagli anni sessanta la dottrina cercava di contrapporre alla tesi della nullità della norma incostituzionale quella dell'annullabilità: secondo Von Olshausen “La Costituzione stessa tace [...]”<sup>1081</sup>; e infatti, come già accennato, la nullità (così come l'*annullabilità*) della norma incostituzionale non può essere dedotta dal primato della Costituzione<sup>1082</sup>.

La tesi dogmatica opposta alla teoria della nullità è stata costruita da Böckenförde<sup>1083</sup>.

Tuttavia, uno tra i primi sostenitori della teoria della annullabilità fu Kelsen<sup>1084</sup>; in effetti, la giurisprudenza e la prassi austriaca dimostrano che la nullità *ex-tunc*- e *ipso iure* non sia imperativa nella logica giuridica<sup>1085</sup>.

<sup>1076</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 36.

<sup>1077</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 259-260.

<sup>1078</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 34.

<sup>1079</sup> Tuttavia il *BVerfG* ha deciso il contrario nella sentenza del 14 marzo 1972, in M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 34, nota n. 41.

<sup>1080</sup> H. SCHMITZ - P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilstwirkungen*, cit., 482.

<sup>1081</sup> VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, cit., 116.

<sup>1082</sup> In questo senso significativamente N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in *DöV*, 1977, 653.

<sup>1083</sup> Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 9. Sul punto si segnala anche W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, in *BayVBl*, 1969, 233. Del tutto significativo è quanto è stato scritto sul punto da W. WEIßAUER-D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, in *DÖV*, 1970, 326-330.

<sup>1084</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 49-56.

<sup>1085</sup> Cfr. C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 314.

Secondo una parte della dottrina, alla luce dell'esistenza di una differenziazione tra la nullità *ex-nunc* ed *ex-tunc* nel contesto del diritto privato, della possibilità che una norma possa divenire incostituzionale nel corso del tempo e del confronto con le esperienze di giustizia costituzionale straniere, la nullità *ipso iure* non potrebbe reggere.

La teoria dell'annullabilità si basa su una semplice premessa: la norma, nonostante la sua incostituzionalità<sup>1086</sup>, esiste.

Non deve quindi stupire che le sentenze di incompatibilità si fondino sulla dottrina dell'annullabilità<sup>1087</sup>: la norma meramente incompatibile continua ad esistere anche in seguito all'adozione della stessa *Unvereinbarkeitserklärung* (anzi ne costituisce la caratteristica principale). A fondamento della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale non vi sono quindi solamente ragioni di natura dogmatica, ma anche (e forse soprattutto) di natura pragmatica: la pace giuridica e la sicurezza giuridica sociale sono tutelate in ragione della limitazione della retroattività ai sensi del § 79 II *BVerfGG*<sup>1088</sup>.

La deviazione dal dogma della nullità si spiega infatti alla luce della temuta incertezza giuridica<sup>1089</sup>: con l'adozione della *Nichtigkeitserklärung* non solo “si elimina la violazione costituzionale [...], ma con essa la regolamentazione giuridica di un certo settore della vita”<sup>1090</sup>.

I sostenitori della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale si basano non solo su disposizioni normative (art. 100 GG) ma anche sulla giurisprudenza della Corte costituzionale federale<sup>1091</sup>.

Con riferimento a quest'ultima non si può non registrare che allo stato attuale vi è la tendenza nel diritto processuale costituzionale tedesco (ma anche - in parte - in quello italiano) ad operare differenziazioni tra le conseguenze giuridiche derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

Il processo di deviazione dalla teoria della nullità è descritto come segue: “il percorso processuale intrapreso dal Tribunale è semplice. Non ha toccato il principio dell'efficacia *ex-tunc*, ma ha violato la regola del diritto processuale costituzionale secondo cui le leggi incostituzionali devono essere dichiarate nulle rinunciando alla dichiarazione di nullità e

---

<sup>1086</sup> J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 141.

<sup>1087</sup> C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008, 32.

<sup>1088</sup> Così C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1970, 124; und U. SCHEUNER, *Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hobeitsakte - Zur “Rückwirkung” und “Vorwirkung” der Nichtigkeitserklärung von Rechtsnormen*, in *BB*, 1960, 1255.

<sup>1089</sup> U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts, Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 98.

<sup>1090</sup> Si veda K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1181 e Blüggel, il quale fa riferimento a “Rechtstechnische Argumente” J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 30.

<sup>1091</sup> W. WEIßAUER - D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, cit., 330.

dichiarando la semplice incompatibilità delle norme incompatibili con la norma parametro considerata”<sup>1092</sup>.

Tale deroga si basa su una semplice constatazione: l’incostituzionalità conduce a risultati “che non possono essere previsti e formulati astrattamente”<sup>1093</sup>, quali, ad esempio, eventuali attriti con la Costituzione, la mancata salvaguardia delle istituzioni costituzionali, o, ancora, l’intensificazione delle violazioni costituzionali esistenti<sup>1094</sup>.

I limiti alla *Nichtigkeitslehre* già menzionati corrispondono di fatto al fondamento “fattuale” delle sentenze di incompatibilità.

Tanto premesso, si consideri che ci sono due fondamenti normativi della teoria della annullabilità:

a) come è già stato scritto, nell’ambito del controllo concreto delle norme il giudice è costretto, ai sensi dell’art. 100 GG, a sollevare questione di legittimità costituzionale. In altri termini, “ciò che obbliga, vincola”<sup>1095</sup>.

b) L’art. 78 BVerfGG si riferisce - come già scritto - alla *dichiarazione* dell’incostituzionalità della disposizione: pertanto la dichiarazione di nullità non può che avere natura costitutiva.

Per quanto riguarda il BVerfG, ci si potrebbe chiedere se esso abbia preso una qualche posizione rispetto alla teoria della nullità e quella della annullabilità<sup>1096</sup>.

Secondo Pohle, “[...] la Corte decide sulla base della *Vernichtbarkeitstheorie*, e questo fino al recente passato”<sup>1097</sup>.

Al di là delle tesi dottrinali, occorre considerare che, con riferimento alla prassi giurisprudenziale, il BVerfG ha abbracciato una soluzione intermedia<sup>1098</sup>.

Pare peraltro significativo sottolineare che la giurisprudenza costituzionale svolge un ruolo fondamentale con riferimento al discorso in esame in quanto il legislatore, in seguito alla mancata modifica del § 79 del BVerfGG, “non ha adottato una decisione consapevole sugli

---

<sup>1092</sup> A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 65.

<sup>1093</sup> Così A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 143.

<sup>1094</sup> C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 163-165.

<sup>1095</sup> Cfr. U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts, Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 798.

<sup>1096</sup> Così M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 6.

<sup>1097</sup> A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 65.

<sup>1098</sup> H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 11. Nella dogmatica riscontra ampio successo la Nichtigkeitslehre; dall’altra parte prevale la Vernichtbarkeitstheorie nella prassi del BVerfG. Così G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 102.

<sup>1098</sup> Così del tutto significativamente M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - Überlegungen zur Ratio der Fehlerfolgendifferenzierung bei Normen und Einzelakt*, in DVBl, 2008, 563.



effetti temporali conseguenti all'eliminazione di una norma da parte della Corte costituzionale federale, presupponendo naturalmente il dogma della nullità”<sup>1099</sup>.

### 3. Le conseguenze della dichiarazione di nullità (§ 79 BVerfGG)

La sentenza di nullità ha effetti *erga omnes*.

Questa tipologia decisionale non vincola solamente *inter partes*, ma si riferisce all'ordinamento giuridico, cioè, in altri termini, alla *lex*<sup>1100</sup>: la *Nichtigkeitserklärung* agisce come un *actus contrarius* all'entrata in vigore di una legge.

All'incostituzionalità della norma consegue (secondo la teoria classica) l'annullamento totale e parziale<sup>1101</sup>.

Secondo Kneser, la condizione primaria per l'applicazione dell'articolo 79 è che il BVerfG abbia dichiarato nulla una disposizione<sup>1102</sup>.

La nullità della disposizione incostituzionale dovrebbe costituire la *regola*: secondo l'autorevole dottrina di Gusy, “a prescindere dal punto di partenza teorico [...] l'annullamento è il tenore della decisione richiesto dalla Legge fondamentale e dalla Legge sulla Corte costituzionale federale”<sup>1103</sup>; secondo Kreutzberger, “la dottrina della nullità ipso iure deve essere - in linea di principio- mantenuta”<sup>1104</sup>.

In seguito all'adozione della declaratoria di incostituzionalità, la norma perde la sua efficacia sino al *Punkt der Kollision*<sup>1105</sup>: in altri termini, “la mancata applicazione è definitiva e irreparabile” e la norma non può essere ripristinata<sup>1106</sup>.

Di conseguenza, la norma dichiarata nulla non è più applicabile: il blocco relativo all'applicazione della norma incostituzionale (che costituisce, in via del tutto analoga, uno degli elementi strutturali della sentenza di incompatibilità pura) è una conseguenza diretta della dichiarazione di nullità<sup>1107</sup>.

---

<sup>1099</sup> M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - Überlegungen zur Ratio der Fehlerfolgendifferenzierung bei Normen und Einzelakt*, in DVBl, 2008, 563.

<sup>1100</sup> Ai sensi dell'art. 31 BVerfGG. H. BETGHE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 156, 87.

<sup>1101</sup> C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 248.

<sup>1102</sup> Cfr. A. KNESER, *Der Einfluß der Nichtigkeitserklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen § 79 BVerfGG*, cit., 143.

<sup>1103</sup> C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 195.

<sup>1104</sup> Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 41.

<sup>1105</sup> Non è un caso che l'annullamento della norma venga descritto quale inadeguato. Si veda in questo senso U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts, Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 797.

<sup>1106</sup> H. BETGHE, § 31, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 2018, Rn. 155, 86.

<sup>1107</sup> A. GERONTAS, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in DVBl, 1982, 488.

Secondo consolidata giurisprudenza del *BVerfG*, come si vedrà, nel caso in cui venga adottata una sentenza di incompatibilità, il legislatore è tenuto a ripristinare la legalità violata con effetto retroattivo<sup>1108</sup>: in questo senso, la direzione temporale dell'efficacia della sentenza di incompatibilità sembra appiattirsi su quella propria della sentenza di nullità.

Secondo autorevole dottrina ci si dovrebbe riferire all'efficacia retroattiva nel senso di un requisito di natura costituzionale<sup>1109</sup>.

Più precisamente, una volta adottata la sentenza di nullità, la norma incostituzionale viene espunta dall'ordinamento giuridico; gli atti amministrativi e le decisioni basate su tale norma perdono la loro validità<sup>1110</sup>.

Alla nullità della norma incostituzionale conseguono conseguenze per il futuro: poichè la legge non esiste più, nessun rapporto giuridico può essere regolamentato da quella specifica norma<sup>1111</sup>. Per quanto riguarda, invece, la sfera attinente al passato, viene meno “la base giuridica per tutti i rapporti giuridici regolamentati dalla norma [...] nonché per gli atti giuridici o gli accordi basati su di essi”<sup>1112</sup>.

Alla luce di un raffronto con le decisioni di incompatibilità importa osservare che la *Nichtigkeitserklärung* è una decisione di natura cassatoria: di conseguenza, il legislatore non è obbligato ad eliminare la disposizione incostituzionale, perché è lo stesso *BVerfG* a purificare l'ordinamento giuridico dal *vulnus* costituzionale<sup>1113</sup>, indipendentemente dalla prevalenza della dottrina della nullità o di quella dell'annullabilità<sup>1114</sup>.

Così, come con riferimento al diritto processuale-costituzionale italiano, per ragioni legate alla certezza del diritto la sentenza del *BVerfG* non incide sulle decisioni che sono diventate incontestabili ai sensi dell'articolo 79, paragrafo 2, del *BVerfGG*<sup>1115</sup>.

Infine, in via del tutto analoga all'ordinamento giuridico italiano, gli effetti della *Nichtigkeitserklärung* travolgono sentenza penale definitiva basata su una legge successivamente dichiarata nulla<sup>1116</sup>.

---

<sup>1108</sup> Esplicitamente *BVerfGE* 37, 217 (261); confermato in *BVerfGE* 55, 100 (110); 61, 319 (356). Si veda anche C. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 334. H. BETGHE, § 31, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 2018, Rn. 217.

<sup>1109</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 267.

<sup>1110</sup> C. BURKICZAK, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1174. Siehe auch C. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 318.

<sup>1111</sup> Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 147.

<sup>1112</sup> Nochmals C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 147.

<sup>1113</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 266.

<sup>1114</sup> J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 92.

<sup>1115</sup> Si veda *Beschl. v. 6.12.2005 - 1 BvR 1905/02*, in *DöV*, 2006.

<sup>1116</sup> Per esempio *BVerfGE* 115, 51 (63).

### 3.1. Le proposte di modifica degli effetti della *Nichtigkeitserklärung*

I tentativi volti a modificare gli effetti della *Nichtigkeitserklärung* hanno contribuito alla diffusione di una possibile giustificazione della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale.

Secondo Pohle, alla base dell'assenza di una modifica degli effetti della sentenza di nullità ai sensi dell'art. 79 *BVerfGG* vi è una ragione molto semplice: “qualsiasi codificazione avrebbe limitato la necessaria flessibilità d'azione del *BVerfG*”<sup>1117</sup>.

La rinuncia ad una riforma legislativa volta alla modifica degli effetti della declaratoria di incostituzionalità è stata quindi intenzionale, considerando anche quanto ha avuto modo di affermare a tal proposito la dottrina, e cioè che nella sua giurisprudenza alternativa il *BVerfG* ha fatto quello che “il legislatore avrebbe potuto di fatto formulare anche in termini astratti”<sup>1118</sup>.

Il fallimento di una modifica degli effetti della sentenza di nullità pare quindi spiegarsi alla luce del necessario pragmatismo che sembra dover contraddistinguere la prassi del *BVerfG*.

Ciò è confermato anche in atti ufficiali, dove si legge che il *BVerfG* “ha sempre trovato soluzioni praticabili [...]”<sup>1119</sup>.

Ai sensi dell'art. 1 n. 12 (§ 79) della prima proposta di modifica, il cui scopo (in seguito al caso giurisprudenziale che ha riguardato la *Umsatzsteuer*<sup>1120</sup>) era quello di “rendere più flessibile l'obbligo di adottare una sentenza di nullità *tout-court*, previsto dagli §§ 78 e 95 (3) del *BVerfGG*”<sup>1121</sup>, “se la Corte costituzionale federale ha dichiarato nulla una legge che stabilisce o estende gli obblighi finanziari della singola entità di diritto pubblico o di diritto privato, gli effetti della decisione sono determinati come segue”<sup>1122</sup>: 1. La legge dichiarata nulla si considera priva di

---

<sup>1117</sup> Si veda A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 143. Nel plenum del 7.11.1968 il *BVerfG* ha proposto “das Wirksamwerden der Nichtigserklärung auch noch auf einen Zeitpunkt nach der Entscheidung zu verschieben”. Si veda anche C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 102-103.

<sup>1118</sup> A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 65. 144; Siehe auch M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?* in NVwZ, 1982, 657.

<sup>1119</sup> BT-Drucks. VI - 1471, 6.

<sup>1120</sup> A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigserklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 140. Si veda anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 82-83.

<sup>1121</sup> I. PUPPE, *Zur zeitlich begrenzten Weitergeltung verfassungswidriger Gesetze*, in DVBl, 1970, 319.

<sup>1122</sup> 1. Das für nichtig erklärte Gesetz gilt mit dem Ende des Jahres, das der Entscheidung vorhergeht, als außer Kraft getreten. Das Bundesverfassungsgericht kann einen früheren Zeitpunkt für das Außerkrafttreten bestimmen, sofern dies bei Abwägung zwischen den schutzwürdigen Rechten der Betroffenen, der Rechtssicherheit und anderen schwerwiegenden Belangen zwingen geboten erscheint. Eine solche Anordnung kann auf besonders Betroffene, insbesondere auf Personen beschränkt werden, die Verfassungsbeschwerde erhoben haben oder Beteiligte des Verfahrens vor dem Gericht sind, das einen Antrag nach Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes gestellt hat.

2. Für die Zeit vor dem Außerkrafttreten des für nichtig erklärten Gesetzes ist vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung das bisherige Recht anzuwenden.

efficacia a partire dalla fine dell'anno immediatamente precedente la decisione. La Corte costituzionale federale può fissare un termine anteriore per la cessazione di efficacia della norma incostituzionale se ciò appare necessario dopo avere svolto un bilanciamento tra i diritti delle persone degne di protezione, la certezza del diritto e altri interessi di natura rilevante. Una simile decisione può limitarsi alle persone particolarmente interessate, in particolare a coloro i quali hanno presentato una *Verfassungsbeschwerde* o che sono parti del processo principale ai sensi dell'articolo 100 I della Legge fondamentale<sup>1123</sup>.

2. Fatta salva una disposizione di legge, il diritto anteriore si applica al periodo precedente la cessazione di efficacia della norma nulla.

3. Le decisioni non più impugnabili non sono più suscettibili di modifica. Nella misura in cui si riferiscono al periodo successivo alla decisione della Corte costituzionale federale, l'esecuzione deve ritenersi inammissibile. Le prestazioni previste per questo periodo sono rimborsate.

Secondo Schick<sup>1124</sup> il primo emendamento al § 79 (BT-Drs. V/3916) avrebbe consegnato al *BVerfG* uno spazio discrezionale eccessivamente ampio, in quanto avrebbe dovuto decidere autonomamente sulla validità/invalidità della norma incostituzionale.

Il progetto è stato fortemente criticato in quanto non sufficientemente ponderato e poichè conteneva (di conseguenza) “numerose contraddizioni terminologiche e di contenuto”<sup>1125</sup>; eppure, esso ha suscitato grande interesse in ragione degli interessi finanziari coinvolti.

La criticità di fondo consisteva nella garanzia della tutela giuridica<sup>1126</sup>: tuttavia, il *BVerfG* ha sottolineato (sorprendentemente, vista l'attuale prassi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*) che “è intollerabile che una legge dichiarata nulla possa essere dichiarata applicabile oltre il momento della decisione costituzionale”<sup>1127</sup>.

Da parte sua, lo stesso *BVerfG* aveva proposto una nuova formulazione dell'art. 79 I del *BVerfGG*: “La Corte costituzionale federale può, per gravi motivi legati al benessere comune, ordinare che una legge che è stata dichiarata nulla possa essere privata della sua efficacia solo a partire da un momento che sarà determinato dallo stesso Tribunale”<sup>1128</sup>.

Tanto premesso, la seconda proposta di riforma, di iniziativa governativa, era stata così formulata: “la Corte costituzionale federale può stabilire nella sua decisione per gravi motivi

---

3. Unanfechtbare Entscheidungen bleiben unberührt. Soweit sie sich auf die Zeit nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beziehen, ist die Vollstreckung unzulässig. Für diesen Zeitraum erbrachte Leistungen sind zu erstatten.

<sup>1123</sup> Ci si riferisce al caso della konkrete Normenkontrolle.

<sup>1124</sup> Cfr. W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber “gültige” Steuergesetze?* in JZ, 1969, 374.

<sup>1125</sup> Così W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber “gültige” Steuergesetze?* cit., 373.

<sup>1126</sup> Si vedano W. WEIBAUER e D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, cit., 325.

<sup>1127</sup> A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzehrs auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigkeitsklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 142.

<sup>1128</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 85, Fußnote n.17. La vicinanza con il modello austriaco di gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità non può essere sottaciuto.

legati al benessere comune, che una legge dichiarata nulla cessi di produrre effetti solo in un momento che sarà determinato dal tribunale [...]”.

Secondo Breuer, quando la seconda proposta di modifica dell’art. 79 del *BVerfGG* (BT-Drs VI/388) non fu approvata dalla commissione giuridica del Bundestag, anche la ricerca di una nuova e consapevole proposta in materia conobbe un considerevole fallimento<sup>1129</sup>, e ciò nonostante il legislatore fosse pienamente consapevole delle “profonde conseguenze che possono derivare dalla dichiarazione di nullità di una legge con effetto *ex tunc* [...]”<sup>1130</sup>.

I tentativi di modifica dell’art. 79 *BVerfGG* si spiegano quindi alla luce dell’esigenza percepita dal legislatore e dallo stesso *BVerfG* di evitare qualsivoglia forma di eccessivo irrigidimento della prassi temporalmente manipolativa.

Attualmente, l’unica modifica introdotta dalla quarta legge di modifica del *BVerfGG*<sup>1131</sup> è il nuovo tenore letterale degli artt. 31 II e 79 I del *BVerfGG*, i quali, di fatto, hanno legittimato le dichiarazioni di incompatibilità, come si vedrà.

#### 4. Le Unvereinbarkeitserklärungen

##### 4.1. Il fondamento e la legittimazione delle dichiarazioni di incompatibilità

Il fondamento delle sentenze di incompatibilità<sup>1132</sup>, che costituiscono “la variante decisionale non regolamentata più significativa della prassi del *BVerfG*”<sup>1133</sup>, corrisponde a più esigenze: quella di evitare il “taglio netto”<sup>1134</sup> della sentenza di nullità, quella di precludere non solo l’effetto “puramente dichiarativo della declaratoria di incostituzionalità” ma anche la formazione di un vuoto normativo<sup>1135</sup>.

<sup>1129</sup> Così M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt*, in DVBl, 2008, 564.

<sup>1130</sup> Si veda D. HÖMIG, § 95, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 43-56. Sul punto si veda anche il commento di W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber “gültige” Steuergesetze?*, cit., 371.

<sup>1131</sup> Entrata in vigore il 21.12.1970.

<sup>1132</sup> Vengono anche designate quali bloßen Verfassungswidrigkeitserklärung. Si veda H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 56.

<sup>1133</sup> Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 230.

<sup>1134</sup> H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts* cit., 918.

<sup>1135</sup> H. SCHMITZ - P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, cit., 483. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 10. H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 918.

La giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale che prescinde dalla sentenza di nullità si discosta, come si è avuto modo di vedere, dalla formulazione del § 78 BVerfGG<sup>1136</sup>.

Il BVerfG, una volta accertata l'incostituzionalità di una norma, può determinare e gestire gli effetti della propria decisione in modo del tutto differenziato sulla base di argomentazioni di natura costituzionale;<sup>1137</sup> allo stato attuale non si può non considerare il fatto che la declaratoria dell'incompatibilità della norma incostituzionale costituisce, oramai, una regola.<sup>1138</sup>

Infatti, secondo costante prassi del BVerfG “la violazione della Legge fondamentale da parte di una norma può portare alla *Nichtigerklärung* ai sensi dell'articolo 78 BVerfGG oppure alla mera dichiarazione dell'incompatibilità di una norma con la Legge fondamentale (cfr. § 31 II, § 79 I BVerfGG)”<sup>1139</sup>.

Peraltro, come già scritto, secondo parte della dottrina la nullità di una disposizione incostituzionale “non dice nulla sul momento a partire dal quale la dichiarazione di nullità si verifica”: l'individuazione di tale momento, piuttosto, è lasciato al BVerfG.<sup>1140</sup>

Il Tribunale costituzionale federale ha inventato le decisioni di incompatibilità<sup>1141</sup> al fine di garantire da un lato il primato della Costituzione<sup>1142</sup> e, dall'altro, la discrezionalità del legislatore attraverso un possibile “programma di attuazione costituzionale”<sup>1143</sup>.

In altre parole, la concretizzazione del dettato costituzionale<sup>1144</sup> costituisce una delle finalità delle decisioni di incompatibilità.

Alla luce di quanto sostenuto, se non sussiste alcun motivo per rinunciare alla dichiarazione di nullità, allora il BVerfG adotta (oramai quasi eccezionalmente in alcuni settori) quest'ultima, tanto è vero che l'adozione di una *Nichtigkeitserklärung* diviene oggetto di ampie giustificazioni e argomentazioni nella parte motiva della pronuncia.

---

<sup>1136</sup> Cfr. T. MAUNZ, *Das Verfassungswidrige Gesetz*, in BayVBl, 1980, 518.

<sup>1137</sup> Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 41.

<sup>1138</sup> D. HÖMIG, § 95, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 44-59.

<sup>1139</sup> Così per esempio il BVerfG nella decisione BVerfGE 105, 73 Pensionbesteuerung.

<sup>1140</sup> W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, cit., 236 ff.

<sup>1141</sup> E' il diritto costituzionale un *law in action*? Siehe P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in JZ, 1976, 377.

<sup>1142</sup> Cfr. T. MAUNZ, *Das Verfassungswidrige Gesetz*, cit., 518.

<sup>1143</sup> Così Salvadori in relazione all'ordinanza n. 207/2018. SALVADORI, *Il Forum*, cit., 229.

<sup>1144</sup> Così Spagnoli rispetto all'ordinanza Cappato “[...] nonostante la profonda irritualità della procedura seguita e la mancanza di un fondamento normativo esplicito, se nel caso di specie la Corte non ha seguito la propria giurisprudenza ed ha optato per una soluzione senza precedenti è stato anche perché [...] essa ha evidentemente ritenuto che lo strumentario tradizionale non fosse adeguato a conseguire gli obiettivi giudicati necessari ai fini della tenuta costituzionale del sistema [...]”. So U. SPAGNOLI, *Il Forum*, cit., 231. Sul punto si veda anche E. DENNINGER, *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c. della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, 240.



Ad esempio, nella sentenza *BVerfGE* 92, 9 (121), il *BVerfG* ha dichiarato: “è esclusa una mera sentenza di incompatibilità per consentire al legislatore di effettuare una riorganizzazione correttiva della materia in funzione della natura delle violazioni costituzionali riscontrate”<sup>1145</sup>.

D'altra parte, il *BVerfG* ha recentemente affermato in senso affermativo che "secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale federale, si applica ora un rapporto inverso regola-eccezione: la conseguenza della regola è l'incompatibilità (ad es. *BVerfGE* 99, 280 <298>[*BVerfG* 11.11.1998 - 2 BvL 10/95]; 105, 73 <133>[*BVerfG* 20.02.2002 - 2 BvL 5/99]), mentre la nullità è l'eccezione (ad esempio *BVerfGE* 88, 87 <101 e seguenti; 92, 91 <121>; 99, 69 <83>[*BVerfG* 17.09.1998 - 2 BvK 1/98])”<sup>1146</sup>.

Tale inversione, lo si anticipa sin da subito, si verifica frequentemente nel caso in cui una norma violi il principio di uguaglianza.

Importa osservare sin d'ora che le sentenze di incompatibilità vengono frequentemente adottate in seguito ad una prognosi svolta dal *BVerfG*<sup>1147</sup>: quest'ultimo valuta la bontà dell'adozione di una simile tecnica decisionale sulla base di un bilanciamento tra gli effetti conseguenti all'adozione di diverse tipologie decisionali.

Ebbene, rispetto a quanto appena evidenziato non si può ignorare che la dottrina italiana ha commentato l'ordinanza Cappato affermando che “la disposizione altamente discrezionale dei ‘propri poteri di gestione del processo’ da parte della Consulta rischia di essere un’operazione eccessivamente disinvolta che potrebbe essere percepita come scelta politicamente parziale e minare l’immagine di neutralità dell’organo di garanzia”<sup>1148</sup>. In effetti, l'afflato pragmatico (e la conseguente sfera discrezionale della Consulta) sotteso alla pronuncia in discorso è evidente, così come evidenti sono i profili che accomunano le problematiche legate a tale pronuncia con quelle delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Tornando alle sentenze di incompatibilità, occorre considerare che il pragmatismo “costituzionalmente orientato” ad esse sotteso presenta alcune rilevanti difficoltà: in primo

---

<sup>1145</sup> “Eine bloße Unvereinbarkeitserklärung, um den Gesetzgeber eine korrigierende Neugestaltung der Materie zu ermöglichen, scheidet nach der Art der festgestellten Verfassungsverstöße aus”.

<sup>1146</sup> Con riferimento alla violazione del principio di uguaglianza vige una regola eccezionale ed “invertita” (c.d. Regel-Ausnahme-Verhältnis), per cui al posto dell'adozione della sentenza di nullità il *BVerfG* adotta la sentenza di incompatibilità (si veda, ad esempio, *BVerfGE* 99, 280 <298>[*BVerfG* 11.11.1998 - 2 BvL 10/95]; 105, 73 <133>[*BVerfG* 20.02.2002 - 2 BvL 5/99]), während Nichtigkeit die Ausnahme darstellt (z.B. *BVerfGE* 88, 87 <101 ff.>; 92, 91 <121>; 99, 69 <83>[*BVerfG* 17.09.1998 - 2 BvK 1/98])<sup>1146</sup>.

Spesso con riferimento alla violazione del principio di uguaglianza. *BVerfG* 09.03.2004, Az.: 2 BvL 17/02. *Contra* Stern/Becker, Grundrechte Kommentar, Art. 3, Rn. 170 Aufl. 2018. Per un commento al § 3 GG con specifico riferimento alle decisioni di incompatibilità si rinvia a F. WOLLENSCHLÄGER, *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck, München, 2018, al commento dell'art. 3 della Legge fondamentale.

<sup>1147</sup> Secondo D'Amico “Nell'ordinamento tedesco si può dichiarare incostituzionale la legge, ma si possono allo stesso tempo modulare gli effetti della dichiarazione di nullità o anche sospenderli”; si veda D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 56.

<sup>1148</sup> Così G. CANALE, *Il Forum*, cit., 219-220.

luogo, quella relativa all'individuazione di una giustificazione giuridico-dogmatica della tipologia decisionale in discorso, e, in un secondo luogo, quella relativa alla descrizione dei *topoi* applicativi, atteso che i criteri di applicazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* spesso sono suscettibili di sovrapposizione.

Secondo autorevole dottrina, una delle ragioni che si collocano alla base della deroga rispetto al tradizionale dogma della nullità della norma incostituzionale consiste nella progressiva “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico, dovuta in gran parte all’estensione dei diritti fondamentali, la quale esige maggiore elasticità “decisionale”<sup>1149</sup>: i diritti fondamentali (il catalogo pare essere “aperto”) sarebbero meglio tutelati per mezzo di una prassi decisionale elastica<sup>1150</sup>.

Occorre considerare che i diritti fondamentali hanno trovato una nuova forma di tutela anche nel sistema italiano, e ciò alla luce della flessibilizzazione degli effetti delle decisioni costituzionali<sup>1151</sup>.

Di conseguenza, la rinuncia alla dichiarazione di nullità è significativa con riferimento ad una tutela “dinamica” dei diritti fondamentali: la stessa dottrina italiana ha affermato che l’adozione di diverse tipologie di pronunce è funzionale ad una scelta delle (migliori) modalità di attuazione degli effetti delle stesse<sup>1152</sup>.

Peraltro la decisione di incompatibilità non rappresenta soltanto una tipologia decisionale, ma anche un privilegiato strumento di dialogo tra il *BVerfG* e la *GG*.

In definitiva, secondo l’autorevole dottrina di Elia, “la robusta presenza del *BVerfG* nel sistema istituzionale tedesco è riconducibile in larga parte ai mezzi tecnici a disposizione dello stesso, rispondenti ad un arsenale molto più fornito di quello della Corte italiana”<sup>1153</sup>.

Peraltro le *Unvereinbarkeitserklärungen* si basano anche sulla dottrina del *self-restraint*, atteso che il *BVerfG* tiene in considerazione gli “effetti politici di una decisione, soprattutto se queste possono mettere in pericolo il funzionamento dello Stato”<sup>1154</sup>.

---

<sup>1149</sup> U. BATTIS, in (a cura di ISENSEE - KIRCHHOF), *Handbuch des Staatsrechts*, 2014, § 275 *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, 2014, 803-804; similmente anche la dottrina italiana: cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, 166.

<sup>1150</sup> Sul rapporto tra diritti fondamentali e tipologie decisionali forgiate dalla Corte costituzionale si veda C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006. Ancora, sul punto si veda Così R. CAPONI, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010, 8.

<sup>1151</sup> C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 165.

<sup>1152</sup> E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht, in Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, 218.

<sup>1153</sup> Cfr. L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)*, in Quaderni costituzionali, 1984 fasc. 1, 13.

<sup>1154</sup> Così H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, in BayVbl, 1979, 195.

#### 4.2. L'art. 79 I del BVerfGG e l'art. 31 II BVerfGG: La rivoluzione della quarta legge di modifica del BVerfGG.

Il BVerfGG è stato modificato in risposta a “decisioni isolate in cui una legge è stata semplicemente dichiarata incompatibile”<sup>1155</sup>.

Gli artt. 79 I BVerfGG, 31 II BVerfGG<sup>1156</sup> costituiscono il (possibile, *sic!*) fondamento normativo delle *Unvereinbarkeitserklärungen*<sup>1157</sup>.

Secondo autorevole dottrina la positivizzazione delle sentenze di incompatibilità si è accompagnata ad un atteggiamento neutrale da parte del legislatore; così neutrale che “anche le modifiche ai §§ 31, 79 BVerfGG apportate dalla quarta legge di modifica del BVerfGG dovevano essere solo di natura redazionale, senza comportare modifiche al contenuto [...]”<sup>1158</sup>. Secondo parte della letteratura quindi la dottrina della nullità *ipso iure* non si pone in contraddizione con il sistema del BVerfGG (e, quindi, con la vigenza del dogma della nullità *ipso iure* della norma incostituzionale); secondo la dottrina di Kreutzberger è anche indiscusso che il legislatore non si sia voluto “distanziare dalla nullità *ipso iure*”<sup>1159</sup>.

Tanto premesso, ai sensi del § 31 II 2, 3 una norma può essere dichiarata compatibile, incompatibile o nulla rispetto alla Costituzione; la disposizione regola altresì l’“effetto vincolante della declaratoria di incostituzionalità”<sup>1160</sup>.

Ai sensi del § 79 I BVerfGG “contro una sentenza penale definitiva basata su una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale o nulla ai sensi del § 78 o sull'interpretazione di una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale dalla Corte costituzionale federale, la riassunzione del giudizio è ammissibile secondo le disposizioni del codice di procedura penale”: come intuibile, la disposizione in questione si riferisce alle conseguenze della declaratoria di incostituzionalità.

---

<sup>1155</sup> C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 188.

<sup>1156</sup> C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 104.

<sup>1157</sup> Cfr. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 211.

<sup>1158</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 47.

<sup>1159</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 40.

<sup>1160</sup> Così C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 188. Sulla problematica vincolatività delle decisioni del BVerfG si veda N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in *DöV*, 1977, Heft 18, 657.

#### 4.3. L'art. 31 del BVerfGG

La norma in questione è una delle più rilevanti del *BVerfGG*<sup>1161</sup>.

Essa si riallaccia allo Stato di diritto e alla giurisdizione costituzionale<sup>1162</sup>, garantendo la superiorità della Costituzione rispetto alle altre fonti, atteso che, tramite la stessa, il *BVerfG* può “attribuire alle sue decisioni la necessaria forza vincolante [...]”.

Ebbene, i destinatari dell'effetto vincolante sono gli organi costituzionali, i tribunali e le autorità. Per quanto riguarda il rapporto tra la Corte costituzionale federale e il legislatore, sembra importante sottolineare che, ai sensi dell'articolo in discorso, il legislatore non può approvare una norma dotata dello stesso contenuto di quella dichiarata incompatibile, e ciò alla luce della vigenza dell'art. 31, II del *BVerfGG*, il quale attribuisce forza di legge alla *Unvereinbarkeitserklärung*<sup>1163</sup>. Inoltre, la sentenza di incompatibilità ha un effetto costitutivo *erga omnes* “dal momento della collisione della disposizione incostituzionale con la Legge fondamentale [...]”<sup>1164</sup>.

Ancora, l'effetto vincolante della *Fortgeltungsanordnung* deriva dall'art. 31 II del *BVerfG*; allo stesso modo, anche la previsione di disposizioni transitorie si fonda - quanto all'efficacia vincolante - su tale disposizione.

Infine, il blocco di applicazione della norma dichiarata incompatibile non solo deve essere oggetto di seguito nel giudizio principale, ma anche - alla luce della disposizione in discorso - nei giudizi paralleli<sup>1165</sup>.

#### 4.4. L'art. 35 del BVerfGG

Ai sensi dell'art. 35 del *BVerfGG*<sup>1166</sup> la *Unvereinbarkeitserklärung* costituisce non solo il fondamento dell'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, ma anche di possibili forme di esecuzione della pronuncia stessa.

La norma in questione- “espressione diretta dell'autonomia procedurale del Tribunale costituzionale federale”<sup>1167</sup> - svolge un ruolo fondamentale per la prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, nonostante quest'ultimo lo menzioni raramente nelle proprie

---

<sup>1161</sup> H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 1-12. Si consideri che, come ha avuto modo di sottolineare la dottrina, vincola anche *BVerfG*.

<sup>1162</sup> L'art. 31 *BVerfGG* ha preso le mosse dall'99 dell'HChE, che forza di legge delle decisioni che prevedono la nullità di una disposizione incostituzionale.

<sup>1163</sup> Cfr. H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, in NJW, 1982, 257.

<sup>1164</sup> Così H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung* cit., 258.

<sup>1165</sup> J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 94.

<sup>1166</sup> *Contra* W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in AöR, 1999, 470.

<sup>1167</sup> N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, cit., 657.

pronunce di incompatibilità<sup>1168</sup>, nonostante sia pur vero che in un recente caso giurisprudenziale il *BVerfG* cita la disposizione in discorso al fine di rendere esecutiva una regolamentazione di natura transitoria<sup>1169</sup>.

Al contrario, stando al sistema di giustizia costituzionale italiano, la Corte costituzionale non è “padrona dell'esecuzione” delle proprie pronunce: pertanto, non vi è una disposizione analoga, quanto al contenuto, all'art. 35 *BVerfGG*.

Il *BVerfGG* ha “conferito al *BVerfG* tutta la competenza necessaria per l'esecuzione delle sue decisioni”: in altri termini, il legislatore ha inteso attribuire al Tribunale costituzionale federale un'ampia sfera discrezionale quanto alla gestione relativa all'esecuzione delle proprie pronunce, considerato, peraltro, che le modalità di esecuzione vengono di fatto scelte dallo stesso *BVerfG*<sup>1170</sup>.

La dottrina si è in realtà chiesta se il Tribunale costituzionale federale rappresenti un *dominus* dell'esecuzione delle proprie sentenze, considerato, peraltro, che lo stesso *BVerfG* si è attribuito in via del tutto autonoma tale definizione<sup>1171</sup>.

Come forse è possibile immaginare, l'ampia formulazione della disposizione in esame è stata oggetto di ampie critiche<sup>1172</sup>, soprattutto con riferimento al precario rispetto del principio della separazione tra poteri che consegue ad una sua eventuale applicazione da parte del Tribunale costituzionale federale; non solo, ad essa sono state attribuite altresì problematiche di natura squisitamente processuali.<sup>1173</sup>

---

<sup>1168</sup>Stando al tenore letterale della disposizione in questione, essa funge da “punto di partenza” per la previsione di discipline di natura transitoria: “mit denen für eine weitergeltende, provisorische Rechtsgrundlage gesorgt wird [...]”. Cfr. H. BETHGE (a cura di MSKB), § 31 Rn. 226, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2019. Così H. LECNER-R. ZUCK, 8. Aufl. 2019, *BVerfGG* § 35 Rn. 3, Fußnote 7. Si veda, ad esempio, Schwangerschaftsabbruch I e 2.

<sup>1169</sup> Nella decisione del 24 luglio 2018 viene stabilito, ai sensi dell'art. 35 del *BVerfGG*:

a) In Baden-Württemberg bleiben Fixierungen in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung gemäß § 25 des Gesetzes über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten bis zum 30. Juni 2019 zulässig.

b) Im Freistaat Bayern bleiben Fixierungen in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung bis zum 30. Juni 2019 zulässig, soweit sie unerlässlich sind, um eine gegenwärtige erhebliche Selbstgefährdung oder eine erhebliche Gefährdung bedeutender Rechtsgüter anderer abzuwenden.

c) Für beide Länder gilt: Die 5-Punkt- und die 7-Punkt-Fixierung unterliegt dem Richtervorbehalt des Artikels 104 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes, es sei denn, es handelt sich um eine lediglich kurzfristige Maßnahme, die absehbar die Dauer von einer halben Stunde unterschreitet. Nach Beendigung einer jeden Fixierung ist der Betroffene auf die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung hinzuweisen”.

<sup>1170</sup> Per i lavori preparatori si veda J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 232-233.

Sul punto si veda anche H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, cit., 199.

<sup>1171</sup> W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen* AöR, 1999, 487 - 488.

<sup>1172</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, Peter Lang, 1997, 16, la quale però ne sostiene la piena aderenza alla Costituzione.

<sup>1173</sup> Cfr. F. JERUSALEM, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Südweststaat-Streit*, in NJW, Heft 2, 48 il quale ravvisa un forte nodo problematico, quanto al rispetto del principio di separazione tra poteri, con riferimento all'art. 35 del *BVerfGG*.

La *ratio* dell'art. 35 del *BVerfGG* si basa sul peculiare *status* del *BVerfG*, il quale gode di una propria indipendenza istituzionale<sup>1174</sup> quanto alla concretizzazione del dettato costituzionale.<sup>1175</sup> Tuttavia, vi sono dei limiti rispetto ad un utilizzo eccessivamente “lato” della disposizione in questione. Non soltanto il *BVerfG* non può in nessun caso “creare diritto al fine di rendere la sua decisione praticabile”<sup>1176</sup>, ma non può nemmeno procedere all’alterazione, alla modifica e all’estensione della decisione nel merito<sup>1177</sup>. Ancora, la disposizione in questione non rappresenta una possibile forma di esecuzione delle pronunce di natura cassatoria, atteso che le loro conseguenze sono disciplinate dagli articoli 78 e 79 del *BVerfGG*<sup>1178</sup>: in altre parole, l’invalidità insita nell’incostituzionalità non può costituire oggetto di esecuzione ai sensi dell’art. 35 del *BVerfGG*.

La dottrina tedesca si è chiesta se possa esservi una possibile contrapposizione tra l'articolo 35 e l'articolo 31 del *BVerfGG*.

Il rapporto tra l'articolo 31 e l'articolo 35 del *BVerfGG* potrebbe essere spiegato come segue: se la prima disposizione vincola “astrattamente” gli organi costituzionali, la seconda fornisce indicazioni concrete su come può avvenire l'esecuzione<sup>1179</sup>.

Interessante notare che, secondo la dottrina, la disposizione in discorso conosce un’applicazione adeguata “se lo esigono gli interessi della certezza del diritto e della chiarezza giuridica”<sup>1180</sup>.

In particolare, la giurisprudenza del *BVerfG* sull'art. 35 del *BVerfGG* interessa due gruppi di casi<sup>1181</sup>: quello relativo alle disposizioni transitorie<sup>1182</sup> (*Übergangsregelungen*) e quello relativo all’ordine di applicazione (o di validità) della norma dichiarata incompatibile (*Weitergeltungsanordnung*)<sup>1183</sup>, tanto è vero che l’art. 35 del *BVerfGG* rappresenta una forma di legittimazione temporanea della legge incostituzionale<sup>1184</sup>.

<sup>1174</sup> H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, cit., 199; s. auch W. STUFFERT, *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in NJW, 1969, 1396 ff. Per una ricostruzione dei lavori preparatori della disposizione di veda S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 11. Si veda anche BeckOK BVerfGG/SAUER, 7. Ed. 1. 6. 2019, BVerfGG § 35 Rn. 1-3.1.

<sup>1175</sup> H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 11-32.

<sup>1176</sup> Così A. ARNDT, *Das Bundesverfassungsgericht*, in DVBl, 1952.

<sup>1177</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 49.

<sup>1178</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 22-24, che la disposizione non esclude le Normenkontrollentscheidungen und sämtliche Feststellungsurteile als ausgeschlossen sieht.

<sup>1179</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 49.

<sup>1180</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 43.

<sup>1181</sup> Così LECHNER/ZUCK, BVerfGG § 35 Rn. 10-14, 2019.

<sup>1182</sup> BVerfGE 48, 127 (184); 106, 62 (64); 122, 210 (247).

<sup>1183</sup> Il fondamento dell’ordine di applicazione della norma incompatibile (*Weitergeltungsregelung*) non è rappresentato dall’art. 32 BVerfGG, in quanto la disposizione in questione regola la *einstweilige Anordnung*. Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 175. Ancora, si veda J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 225-230.

<sup>1184</sup> Cfr. H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 227.



Non sorprende quindi che i provvedimenti di esecuzione siano adottati se necessari alla preclusione della formazione di un vuoto normativo<sup>1185</sup>.

Se la giurisprudenza flessibile del *BVerfG* si basa - fondamentalmente - sulla ponderazione degli effetti delle proprie decisioni, non deve quindi stupire quanto significativamente affermato dalla dottrina, cioè a dire che “l'effettivo campo di applicazione dell'articolo 35 consiste [...] nel bilanciamento delle conseguenze giuridiche”<sup>1186</sup>.

##### *5. Il problema dell'individuazione di una casistica delle Unvereinbarkeitserklärungen: la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica*

L'identificazione dei *topoi applicativi* delle sentenze di incompatibilità non costituisce affatto un'operazione semplice<sup>1187</sup>, considerato che, peraltro, il *BVerfG* talvolta rinuncia a fornire un'adeguata motivazione sottesa alla scelta della tipologia decisionale temporalmente manipolativa<sup>1188</sup>: quello che è certo, è che non esistono soluzioni uniformi<sup>1189</sup>.

Tale difficoltà sembra dovuta alla considerazione per cui la decisione di incompatibilità si fonda<sup>1190</sup> su presupposti pragmatici (rappresentati certamente anche da esigenze di natura costituzionale) difficilmente convertibili in indici di natura teorica<sup>1191</sup>; e infatti il Tribunale costituzionale federale ha modulato un'ampia varietà di conseguenze giuridiche in occasione dell'adozione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*<sup>1192</sup>; fenomeno in questione potrebbe sottintendere, di fatto, una progressiva “politicizzazione” del *BVerfG*<sup>1193</sup>.

---

<sup>1185</sup> S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*, cit., 95.

Il largo utilizzo di tale disposizione al fine di legittimare l'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile ha fatto scrivere alla dottrina di una competenza quasi legislativa in capo al *BVerfG*. Così H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 923.

<sup>1186</sup> Così LECHNER/ZUCK, 8. Aufl. 2019, *BVerfGG* § 35 Rn. 10-14, il quale si riferisce a H. BETHGE, § 35, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2019, Rn. 5.

<sup>1187</sup> Così M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2018, 34 ff. G. CERRINA FERONI, *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 163.

<sup>1188</sup> M. SACHS, *Alternative Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des BVerfG*, in *DÖV*, 1982, 26. Si veda ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 49.

<sup>1189</sup> Si veda F. HUFEN - NÖRR - STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, 8, nota 18.

<sup>1190</sup> Così *BVerfGE* 28, 277.

<sup>1191</sup> C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 190.

<sup>1192</sup> U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts, Normativität und Schutz der Verfassung*, cit., 798.

<sup>1193</sup> Così P. PASSAGLIA, *il Forum*, cit., 224: “Una volta che si ammetta questo potere creativo in riferimento al processo, è chiaro che si crea una tensione con i principi che reggono, almeno nei sistemi di civil law, l'esercizio della giurisdizione”.

Secondo Ipsen la prassi temporalmente manipolativa del Tribunale costituzionale si pone alla base della politicizzazione dello stesso, il quale si avvicinerebbe “zu den Organen der politischen Führung”. Così J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 142.

<sup>1193</sup> Sul punto si veda J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 21

In questo senso forse pare opportuno riportare quanto sostenuto da parte della dottrina italiana, secondo la quale l'ordinanza Cappato rappresenta uno strumento di colegislazione nelle mani della Corte costituzionale<sup>1194</sup>, rispetto alla quale le direttive della Corte costituzionale vengono definite quali possibili “vincoli all'attività legislativa incompatibili con la libertà di apprezzamento che spetta al legislatore”<sup>1195</sup>, ove “il pericolo è che quest'ultima venga ad assumere un ruolo consultivo, preventivo ed astratto con riferimento alle leggi, che è l'esatto contrario rispetto a quello successivo, repressivo e concreto riservatole dalla Carta costituzionale”<sup>1196</sup>.

Peraltro, con riferimento allo strumentario decisionale sussistente in capo alla Corte costituzionale, attenta dottrina ha ritenuto impossibile “distinguere in modo netto e certo i diversi tipi di decisione, associando ad ognuno di essi effetti tipici”<sup>1197</sup>.

Come ha dimostrato la dottrina Blüggel, attento studioso della prassi delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, queste ultime potrebbero essere suddivise in categorie alla luce della considerazione della norma parametro e dall'altro alla luce dei cd. *Argumentationstopoi*, gli ambiti applicativi delle stesse.

A fini metodologici, vale la pena di sottolineare che nella presente sede si considereranno proprio le ragioni “casistiche” poste alla base dell'adozione delle decisioni di incompatibilità.

Tanto premesso, in linea del tutto generale, le dichiarazioni di incompatibilità vengono adottate<sup>1198</sup>:

a) quando il legislatore ha diverse possibilità per eliminare il vizio di legittimità costituzionale, di solito nel caso in cui venga violato il principio di uguaglianza<sup>1199</sup>, considerato l'ampio margine discrezionale sussistente in capo al legislatore al fine di ripristinare la legalità violata<sup>1200</sup>.

---

<sup>1194</sup> C. SALOI, *Il Forum*, cit., 226.

<sup>1195</sup> C. SALOI, *Il Forum*, cit., 227.

<sup>1196</sup> Cfr. C. SALOI, *Il Forum*, cit., 227. So ähnlich G. SALVADORI, *il Forum*, cit., 228.

<sup>1197</sup> C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 190.

<sup>1198</sup> A. HEUSCH, § 31, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2015, Rn. 81, 489. Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 230. Si veda anche Lenz/Hansel, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 95 Rn. 51 ff.; Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Aufl. 2015, Rn. 395 ff. <sup>1199</sup> BVerfGE 126, 268 (284 f.); 99, 280 (298). Come si vedrà, vi sono tuttavia delle eccezioni. Cfr. H. MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 345.

<sup>1200</sup> Così C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008. Qualora il Tribunale costituzionale federale sia tenuto quindi a rispettare le cd. “rime crisafulliane”. Il rispetto della sfera discrezionale del legislatore rileva a tal punto con riferimento alla giurisprudenza temporalmente manipolativa del BVerfG, che parte la dottrina di Parodi ha posto a fondamento della giustificazione delle Unvereinbarkeitserklärungen l'argomento della discrezionalità del legislatore. Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 65.

In questo caso è la tutela della sfera discrezionale del legislatore a porsi a fondamento della valutazione (o, se si vuole, del bilanciamento) delle conseguenze giuridiche conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità<sup>1201</sup>.

In punto di rapporto con il legislatore la dottrina ha indicato una forma di coordinamento specifica tra il *BVerfG* e il legislatore, atteso che la *Unvereinbarkeitserklärung* tutela la sfera discrezionale di quest'ultimo “per quanto riguarda il periodo [...] tra il momento dell'adozione della *Unvereinbarkeitserklärung* e la nuova disposizione legislativa”<sup>1202</sup>.

b) se “nell'interesse del benessere comune è necessaria una transizione dalla situazione incostituzionale alla situazione giuridica costituzionale”<sup>1203</sup>. In buona sostanza, tale ambito applicativo rileva nel caso in cui l'adozione di una declaratoria di incostituzionalità aggraverebbe ulteriormente l'incostituzionalità in seno all'ordinamento giuridico<sup>1204</sup>.

In questo senso rileva la “teoria del caos”, la quale, peraltro, si riallaccia alla violazione degli artt. 33. I, II, III e 21 I della Legge fondamentale<sup>1205</sup>.

L'argomento in questione è legato al tema della “responsabilità delle conseguenze”<sup>1206</sup> del *BVerfG*, che si esercita nel diritto della funzione pubblica<sup>1207</sup>, nel diritto tributario, nel diritto penale e nel diritto del sistema di sicurezza dello Stato sociale - contro l'emersione di un *deficit* normativo<sup>1208</sup>.

In generale, il ricorso a tale *topos* giustificativo è volto a garantire l'ordinamento giuridico nel suo insieme<sup>1209</sup>.

Ne sono un esempio le sentenze sul monopolio di Stato per le scommesse sportive<sup>1210</sup> e il divieto di fumare nei ristoranti<sup>1211</sup>, dove l'adozione di una sentenza di incompatibilità (integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile) ha di fatto eliminato i

---

<sup>1201</sup> Secondo costante giurisprudenza del *BVerfG*: Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Satz 1 *BVerfGG*). Das gilt allerdings nicht, wenn bei Verstößen gegen den allgemeinen oder einen speziellen Gleichheitssatz die Verfassungsmäßigkeit auf verschiedene Weise hergestellt werden kann und die Nichtigkeitserklärung dem Gesetzgeber vorgreifen würde oder wenn die Nichtigkeitserklärung zu einem der Verfassung noch weniger entsprechenden Zustand führen würde”. Così *BVerfGE* 84, 9 (20). Per un esempio recente si veda (*BVerfG*, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 u.a., Rn. 164 ss).

<sup>1202</sup> Cfr. H. MAURER, *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, in FS Werner Weber, 1974, 345.

<sup>1203</sup> R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 964.

<sup>1204</sup> *BVerfGE* 83, 130 (154); 85, 264 (326 f.).

<sup>1205</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarkeitsklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 49.

<sup>1206</sup> H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 216. Tale Randnummer viene denominato “Sieg der Staatsräson”.

<sup>1207</sup> Ci si riferisce al c.d. *Beamtenrecht*.

<sup>1208</sup> Ancora si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 145.

<sup>1209</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 216. L'autore è del tutto critico rispetto a tale *Anwendungstopos*. Del tutto simile è il pensiero di C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 194.

<sup>1210</sup> *BVerfGE* 115, 276.

<sup>1211</sup> *BVerfGE* 121, 317.

“rischi”<sup>1212</sup> che dalla “dipendenza dal gioco d'azzardo”<sup>1213</sup> e dal “fumo di tabacco”<sup>1214</sup> sarebbero derivati nel caso in cui fosse stata adottata una *Nichtigkeitserklärung* (o una decisione di incompatibilità “pura”).

La dottrina ha individuato altresì ulteriori ambiti applicativi della tipologia decisionale in esame. Ci si riferisce, in primo luogo, al caso in cui la norma - che è incostituzionale - non sia *de facto* delimitabile<sup>1215</sup>.

Ad esempio, il *BVerfG* ha dichiarato nella sentenza del 26 aprile 1994 che “se una norma non è conforme alla Legge fondamentale, essa deve essere dichiarata nulla in linea di principio (§ 82 I in combinato disposto con § 78 I BVerfGG). Tale soluzione è esclusa, tuttavia, se la parte incostituzionale della norma non è chiaramente delimitabile o se il legislatore ha varie possibilità di eliminare il vizio di legittimità costituzionale”<sup>1216</sup>.

In secondo luogo, rilevano i casi in cui la norma possa divenire oggetto di miglioramento<sup>1217</sup>: nello specifico, si è registrato un caso in cui il *BVerfG* ha configurato tale ambito applicativo<sup>1218</sup>. Un altro possibile ambito di applicazione delle sentenze di incompatibilità è individuabile in quei casi in cui “l’incostituzionalità della situazione giuridica è determinata dalla interazione di singole disposizioni e non sia chiaro quale disposizione potrebbe essere dichiarata nulla una volta isolata”.

C’è un’altra possibile applicazione che potrebbe rappresentare una sottocategoria della lettera a), cioè qualora “una violazione costituzionale risulti dall’interazione di più disposizioni e il ripristino della legalità possa realizzarsi in modi diversi”.

È importante notare che l’ambito applicativo relativo alla violazione del principio di uguaglianza non si lega alla problematica legata all’efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionale<sup>1219</sup>, bensì a quella relativa alla tutela della sfera discrezionale del legislatore.

Infine, secondo Moes vi sono due peculiari ambiti applicativi delle decisioni di incompatibilità<sup>1220</sup>: quello che presuppone un bilanciamento con riferimento al principio relativo alla separazione tra poteri e quello che, invece, si fonda su considerazioni di natura fiscale.

---

<sup>1212</sup> R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 965.

<sup>1213</sup> R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 965.

<sup>1214</sup> Cfr. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 965.

<sup>1215</sup> Così H. BETHGE (a cura di MSBKB), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, Rn. 210, 110, 2018.

<sup>1216</sup> *BVerfGE* 90, 263 (276): Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Satz 1 BVerfGG). Etwas anders gilt jedoch, wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen.

<sup>1217</sup> Così H. BETHGE Unvereinbarerklärung mit Fortgeltungsanordnung ein probates Mittel, um verfassungsentfernere Zustände zu vermeiden”. Così H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 213, 110.

<sup>1218</sup> *BVerfGE* 82, 126, (154).

<sup>1219</sup> Cfr. L. SIEMERS, M. C. WALDENS, I. DIMOVA, *Hat der Vorlageabschluss des BFH zur Verfassungsmäßigkeit des ErbStG Ankündigungseffekt?* In *BB* 2003, 612.

<sup>1220</sup> C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 29 ss.

### 5.1. Esiste un *numerus clausus* dei casi di applicazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*?

Poiché le dichiarazioni di incompatibilità si basano sul pragmatismo decisionale del *BVerfG* e conoscono un fondamento normativo di natura incompleta, ci si potrebbe anche spingere a sostenere la potenziale indefinitezza dei c.d. *Anwendungstopoi* delle dichiarazioni di incompatibilità, nonostante la dottrina (così come il *BVerfG*) abbiano indicato, allo stato attuale, un *numerus clausus*.

Alla luce della percepita esigenza del necessario rispetto della discrezionalità del legislatore da parte del *BVerfG*, quest'ultimo potrebbe, alla luce della progressiva "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico, prevedere altri ambiti di applicazione.

### 6. Le sottocategorie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*

Stando a quanto sostenuto dalla dottrina, non solamente è difficile individuare gli ambiti applicativi delle decisioni di incompatibilità, ma anche l'individuazione delle varianti (o sottocategorie) delle stesse non costituisce un'operazione di natura semplice<sup>1221</sup>.

A tal proposito occorre premettere che nel presente studio, ad esempio, le *Appellentscheidungen* (corrispondenti alle sentenze monito) non sono considerate come una variante decisionale che si sovrappone alle sentenze di incompatibilità<sup>1222</sup>.

Le *Appellentscheidungen* e le *Unvereinbarkeitserklärungen* hanno infatti finalità del tutto diverse: la prima si muove nel contesto dell'"ancora costituzionalità", l'altra, al contrario, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma viziata.

Tanto chiarito, nei paragrafi che seguono verranno analizzati i tratti essenziali delle varianti decisionali che interessano la *Unvereinbarkeitserklärung*, per poi affrontare solamente in un momento successivo gli effetti ad esse conseguenti.

#### 6.1. La sentenza di incompatibilità "pura"

La mera sentenza di incompatibilità<sup>1223</sup>, (d'ora in poi sentenza incompatibilità "pura") è contraddistinta da una funzione specifica, puntualmente descritta dalla dottrina: quella di

---

<sup>1221</sup> Si veda M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 20-21.

<sup>1222</sup> Cfr. T.H YANG, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

<sup>1223</sup> Tale tipologia decisionale viene anche denominata "Aussetzungsorientierte Unvereinbarkeitserklärung". Si veda M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit. 42 ss.

promuovere la transizione dell'ordinamento giuridico da uno *status* non conforme a Costituzione ad uno *status* di conformità a Costituzione”, grazie all’attività di cooperazione di organi costituzionali diversi dal Tribunale costituzionale federale<sup>1224</sup>.

In linea di principio, l’accertamento e la dichiarazione della mera incompatibilità di una norma ha gli stessi effetti del “rigido” annullamento<sup>1225</sup>, cioè a dire ha un’efficacia *ex tunc*.

La norma incompatibile, tuttavia, continua a sopravvivere nell'ordinamento giuridico e pertanto necessita di essere espunta dal legislatore; non così nel caso dell’adozione di una *Nichtigkeitserklärung*, al seguito della quale la norma non ha più un’esistenza.

Conseguentemente, la *Unvereinbarkeitserklärung* si caratterizza per la previsione di un obbligo di riforma indirizzato al legislatore (c.d. *Nachbesserungspflicht*).

Ai sensi dell’art. 20 III della Legge fondamentale, il legislatore deve “realizzare immediatamente (senza indugi di natura dolosa) uno status giuridico costituzionalmente conforme [...]”<sup>1226</sup>.

Vi sono quindi due elementi che caratterizzano la sentenza di incompatibilità “pura”: l’obbligo di riforma che nasce in capo al legislatore e il rispetto della sua sfera discrezionale<sup>1227</sup>, definita dalla dottrina nel senso di “un bene giuridico di grande peso nella Costituzione”<sup>1228</sup>.

La tutela della sfera discrezionale del legislatore implica, allo stesso tempo, una forma di tutela del principio della separazione tra poteri<sup>1229</sup>.

Non è quindi un caso che la sentenza di incompatibilità pura venga adottata - nella maggior parte dei casi - quando venga leso il principio di uguaglianza<sup>1230</sup>: il rispetto della discrezionalità legislativa conosce una rilevante garanzia nelle conseguenze “classiche” proprie delle sentenze di incompatibilità<sup>1231</sup>.

Se già nel 1957<sup>1232</sup> il *BVerfG* aveva adottato una sentenza di incompatibilità pura (la prima!) in tema di stipendi a soggetti appartenenti ad enti non territoriali alla luce dell’accertata violazione dell’art. 3 della Legge fondamentale<sup>1233</sup>, nel 1961 con riferimento a tale tipologia decisionale fu

---

<sup>1224</sup> H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in DVBl, 2004, 919. Nel caso di specie (Sportwetten-Urteils) il *BVerfG* ha adottato una decisione di incompatibilità in quanto “das Monopol bzw. jegliches Engagement des Staates auf diesem Gebiet eine gesetzliche Grundlage benötigt”. Così BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 917.

<sup>1225</sup> *BVerfGE* 37, 217 (262).

<sup>1226</sup> Così H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigklärung*, cit., 258. Siehe *amplius* M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 30-31.

<sup>1227</sup> H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit. 919.

<sup>1228</sup> Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 229.

<sup>1229</sup> Cfr. A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 176.

<sup>1230</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarkeitserklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 43. si tratta a tutti gli effetti del „Prototyp der Unvereinbarkeitserklärungen“, così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarkeitserklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 21.

<sup>1231</sup> *BVerfGE* 8, 28 (36 f.)

<sup>1232</sup> *BVerfGE* 6, 246 (246 ff.).

<sup>1233</sup> Si veda *BVerfGE* 6, 246 (256 f.).



fatta emergere la necessità di ristabilire la legalità violata nel caso - specifico - della violazione del principio di uguaglianza<sup>1234</sup>.

La “rivoluzione” di cui sono state portatrici le decisioni di incompatibilità è esplosa nel 1970, in occasione dell’adozione della BVerfGE 28, 227 (*Steuerprivilegierung der Landwirten*), in cui il BVerfG ha dichiarato che l’adozione di una sentenza di nullità alla luce della violazione del principio di uguaglianza non avrebbe contribuito alla tutela e alla garanzia della sfera discrezionale del legislatore: di qui, il nesso genetico esistente tra l’accertamento (e la dichiarazione dell’incompatibilità) di norme di natura discriminatoria e l’intervento “riparativo” del legislatore<sup>1235</sup>.

Eccezionalmente, tuttavia, l’adozione di una sentenza di incompatibilità pura non risulta idonea a svolgere la funzione cui è fisiologicamente preposta.

Può infatti accadere che nel caso in cui una norma preveda l’esclusione irragionevole di benefici in capo a determinati soggetti, “potrebbe crearsi, senza l’adozione di una decisione di incompatibilità integrata dall’ordine di applicazione della norma non conforme a Costituzione, una situazione di ancora maggiore incostituzionalità”<sup>1236</sup>.

Al giorno d’oggi, la decisione di incompatibilità integrata dall’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile (che sarà oggetto di trattazione nel paragrafo successivo) svolge un ruolo essenziale nel contesto della giurisprudenza temporalmente manipolativa del BVerfG, tanto è vero che la dottrina, riferendosi alle conseguenze delle sentenze di incompatibilità, ha avuto modo di dichiarare che “nel caso di una dichiarazione di incompatibilità, il BVerfG può anche astenersi completamente dall’ordinare la (continua) applicazione della norma dichiarata incompatibile”<sup>1237</sup>.

L’astensione dall’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile costituisce, quindi, un’eccezione nella prassi temporalmente manipolativa del BVerfG.

---

<sup>1234</sup> Si veda BVerfGE 13, 248. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 23.

<sup>1235</sup> Si veda R. SEER, *Die Unvereinbarerklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in NJW, 285.

<sup>1236</sup> “Ein der Verfassung noch weniger entsprechender Zustand entstehen”. Si veda in questo senso la dottrina di S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit. 182.

<sup>1237</sup> Cfr. R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in JuS, 2011, 965.

## 6.2. La Unvereinbarkeitserklärung e la c.d. *weitere Anwendbarkeit*<sup>1238</sup>

Il *BVerfG* può - secondo prassi collaudata - dichiarare una norma incompatibile e allo stesso tempo prevederne l'applicabilità o prevedere l'applicazione di una regolamentazione di natura transitoria<sup>1239</sup>: l'ordine di continua validità (della norma)<sup>1240</sup>, cioè a dire la c.d. *Fortgeltungsanordnung*, denominata anche “plateau”<sup>1241</sup> della mera dichiarazione di incompatibilità, costituisce un *aliud* rispetto al “blocco di applicazione” della norma incompatibile che contraddistingue le sentenze di incompatibilità pura.

Occorre innanzitutto sottolineare che la prassi della *Fortgeltungsanordnung* non è disciplinata né dalla Legge fondamentale né dalla legge sul funzionamento del *BVerfG*<sup>1242</sup>.

In generale, la variante decisionale in discorso<sup>1243</sup> garantisce “interessi pubblici di rilievo”<sup>1244</sup>: dal momento che, con riferimento alla strategia decisionale in discorso, la norma dichiarata incompatibile diviene eccezionalmente oggetto di applicazione da parte dei giudici, è necessario che “il dispositivo in particolare, ma anche le ragioni di una simile decisione costituzionale siano valutate molto attentamente”<sup>1245</sup>.

Secondo la giurisprudenza consolidata del *BVerfG*, “se una disposizione non è conforme alla Legge fondamentale, in linea di principio deve essere dichiarata nulla (§ 95 Abs. 3 Satz 1, § 78 Satz 1 BVerfGG). Vi è una soluzione diversa, tuttavia, nei casi in cui l'annullamento di una disposizione porti ad una situazione “che corrisponderebbe ancora meno all'ordine costituzionalmente garantito” (BVerfGE 116, 69 <93>), perché si creerebbe un “vuoto giuridico” (BVerfGE 37, 217 <260 f.>) oppure, in quanto la formazione di vuoti normativi condurrebbero alla produzione di un “caos” normativo (BVerfGE 73, 40 <42, 101 f.>). Di

<sup>1238</sup> Per la terminologia si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 171; si veda anche P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 85.

<sup>1239</sup> Per la terminologia si veda C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 173 e C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, cit., 127.

<sup>1240</sup> Anche identificata come *Weitergeltungsanordnung*, che significa ordine di “continua efficacia”, o, se si vuole, di efficacia “ultrattiva”.

<sup>1241</sup> Cfr. H. BETHGE, in (a cura di T. MAUNZ/B. SCHMIDT-BLEIBTREU/F. KLEIN/H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2014, Rn. 65; si veda anche R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, cit., 213 und M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 39.

<sup>1242</sup> P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, cit., 85.

<sup>1243</sup> La *Fortgeltungsanordnung* non costituisce quindi un strumento decisionale a se stante: si veda, per sempio, la pronuncia del 18.12.2018 sui “Kennzeichenkontrolle”, Rn. 168: “Die Unvereinbarkeitserklärung wird mit der Anordnung ihrer vorübergehenden Fortgeltung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2019 verbunden”.

<sup>1244</sup> La prassi fa riferimento a “*bedeutende Gemeinwohlinteressen*”. Cfr. K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 78, cit., Rn. 72. Nel 1958 ha adottato una tra le prime decisioni di incompatibilità in quanto la sentenza di nullità avrebbe determinato un caos giuridico. La c.d. *Chaos Theorie* ha quindi svolto *ab origine* un ruolo essenziale nella diffusione delle sentenze di incompatibilità. Cfr. la decisione del 10. März 1958 (BVerfGE 7, 320).

<sup>1245</sup> Così H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., 258

norma, il Bundesverfassungsgericht adotta in questi casi una dichiarazione di incompatibilità e nel contempo ordina il mantenimento della validità della norma incostituzionale per un certo periodo di tempo”<sup>1246</sup>.

La logica alla base di questa strategia decisionale consiste nella considerazione per cui “il mantenimento di norme incostituzionali fino alla riforma legislativa [...] non solo è quindi praticamente necessario, ma anche costituzionalmente necessario”<sup>1247</sup>, al fine di “evitare il verificarsi di uno *status* ordinamentale ancora più incostituzionale”<sup>1248</sup>.

Ancora, l'applicabilità della norma incompatibile oltre il *dies a quo* si basa sulla “ponderazione di tutte le circostanze”<sup>1249</sup>.

A tal proposito, il rischio sotteso a tale operazione di bilanciamento, come è già stato sottolineato in dottrina, consiste nel fatto che il *BVerfG* potrebbe decidere in senso contrario all’“affermazione in termini di validità della Legge fondamentale”<sup>1250</sup>.

Quanto alla ricostruzione dogmatico-strutturale della variante decisionale in questione, “nella disposizione dell’ulteriore applicabilità della norma incompatibile, il *BVerfG* struttura il dispositivo su due fasi”, considerato che il fondamento della sentenza di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* consiste nella dichiarazione della (mera) incompatibilità di una norma.

La dottrina italiana ha affermato, a proposito delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, che esse svolgono la funzione di ridurre al minimo l'impatto demolitorio provocato dalla declaratoria di incostituzionalità<sup>1251</sup>: più nello specifico, la variante decisionale analizzata nel presente paragrafo svolge proprio la funzione di realizzare una *species* particolare di graduazione degli effetti conseguenti alla dichiarazione dell’incostituzionalità di una norma<sup>1252</sup>, ancor più peculiare rispetto a quella realizzata dall’adozione della sentenza di incompatibilità pura, e ciò in considerazione del fatto che il *BVerfG* può decidere autonomamente “in che grado generare ripercussioni sull'ordinamento giuridico”<sup>1253</sup>.

Tanto chiarito, esistono diverse tipologie di *Fortgeltungsanordnungen*<sup>1254</sup>:

---

<sup>1246</sup> Così la decisione del 04. maggio 2011 (BVerfGE 128, 326).

<sup>1247</sup> C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., 194.

<sup>1248</sup> Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 231.

<sup>1249</sup> Si fa riferimento alla ricorrente “Abwägung aller Umstände” Così BVerfGE 92, 158 (187).

<sup>1250</sup> K. GRABHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2015, Rn. 72.

<sup>1251</sup> Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, cit., 460.

<sup>1252</sup> Sulla “*abgestufte Nichtigkeit*” si veda W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtssatzes*, in BayVBl, 1969, 232-233.

<sup>1253</sup> Così E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht: tipologie ed effetti*, cit., 218. Per esempio con riferimento a norme tributarie o a leggi elettorali. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 19.

<sup>1254</sup> F. HUFEN - NÖRR - STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilstwirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, cit., 24.

a) La prima variante, la c.d. *vorläufige Weitergeltungsanordnung*, prevede che la disposizione incostituzionale venga applicata dai giudici fino al futuro intervento del legislatore, il quale è comunque tenuto a riformare la disciplina incostituzionale con effetto anche nei confronti del passato<sup>1255</sup>, fino al punto di collisione.

b) La seconda variante, la c.d. *endgültige Weitergeltungsanordnung*, prevede che il “diritto incostituzionale” sia definitivamente riconosciuto quale base dell'azione politica ed economica<sup>1256</sup>, senza che il legislatore sia obbligato ad adottare una nuova norma (costituzionalmente conforme) ed efficace rispetto al passato.

In questo caso, la dottrina fa riferimento ad una suggestiva ipotesi di mantenimento del falso<sup>1257</sup>.

Pare interessante notare che, forse non senza contraddizioni - vista la dimensione temporale che contraddistingue la tipologia decisionale in discorso e che verrà analizzata al paragrafo 8.2 del presente capitolo - la tecnica della *weitere Anwendbarkeit* “non modifica il principio di incompatibilità della norma con effetto *ex tunc*”<sup>1258</sup>.

Infine, il contenuto della *Fortgeltungsanordnung* e la disposizione dichiarata incompatibile sono identici<sup>1259</sup>: la dottrina afferma - a ragione - che la variante decisionale in questione ha “carattere di proroga”<sup>1260</sup>.

Secondo altra parte della dottrina invece, la *Weitergeltungsanordnung* corrisponde comunque ad una regola nuova e più specifica<sup>1261</sup>.

### 6.2.1. Il fondamento della c.d. *Fortgeltungsanordnung*

Con riferimento all'esperienza tedesca, è curioso notare che alcune disposizioni della legge sul funzionamento del *BVerfG* (nello specifico l'art. 31 II e 79 I) abbiano superato il dogma della

---

<sup>1255</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 219.

<sup>1256</sup> Cfr. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 219.

<sup>1257</sup> “Aufrechterhaltung des Falschen“. Si veda M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, a.a. O., 219.

<sup>1258</sup> veda [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/RechtsgutachtenTeil1.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/RechtsgutachtenTeil1.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 26.

<sup>1259</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 41 und U. KARPENSTEIN, *BVerfGG § 78*, in BeckOK *BVerfGG*, Walter/Grünwald 4. Edition, 2017, Rn. 52.

<sup>1260</sup> Karpenstein fa riferimento ad un “*Prolongationscharakter*”: U. KARPENSTEIN, *§ 78*, in *BVerfGG*, cit., Rn. 52.

<sup>1261</sup> Cfr. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 41.

nullità: d'altra parte, però, è anche vero che il *BVerfG* è “vincolato dalle leggi [...] che disciplinano la propria composizione e le proprie procedure”<sup>1262</sup>.

A proposito di superamento del dogma della nullità, è innegabile che la decisione di incompatibilità contraddistinta dalla *Fortgeltungsanordnung* si ponga in forte contraddizione con il principio della gerarchia delle fonti.

In particolare, nel contesto dell'analisi dei problemi del diritto processuale costituzionale e soprattutto con riferimento all'applicazione della norma incostituzionale prima della dichiarazione di incostituzionalità, Cappelletti aveva sottolineato che nessuno può pretendere che l'applicazione della *lex inferior* si sostituisca a quella della *lex superior*<sup>1263</sup>.

La *ratio* della giustizia costituzionale italiana potrebbe ammettere (e ha ammesso<sup>1264</sup>) un tale capovolgimento del rapporto tra fonti solamente in qualità di un’“interferenza solo transitoria”, “giustificata per quanto strettamente necessario ad evitare pregiudizi gravi e irreparabili a interessi costituzionali”<sup>1265</sup>.

La Corte costituzionale ha infatti eccezionalmente agito come “legislatore temporaneo di emergenza” o “legislatore eccezionale”<sup>1266</sup>.

Secondo parte della dottrina, la Corte costituzionale avrebbe assunto tale veste in occasione della sentenza n. 1 del 2014, provocando una notevole gestione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità (cfr. par. 5.2.1).

Con riferimento, ancora, all'ordinamento giuridico tedesco, occorre chiedersi se sia costituzionalmente consentito al *BVerfG* di “postulare” la sopravvivenza della disposizione incostituzionale non solo in termini di applicabilità (e quindi di efficacia), ma anche in termini di validità, violando così la garanzia del primato costituzionale, sancito dagli artt. 1 III e 20 III della Legge fondamentale<sup>1267</sup>.

Come intuibile, l'argomento non riguarda solo la giustizia costituzionale tedesca, ma in generale tutti i sistemi di giustizia costituzionale in cui il rapporto tra la Corte costituzionale e legislatore è caratterizzato da una stretta collaborazione, poiché la gestione dell'impatto della dichiarazione di incostituzionalità e la cooperazione tra il Giudice delle leggi e il Parlamento sono di fatto due facce della stessa medaglia.

---

<sup>1262</sup> Ai sensi dell'Art. 94 Abs. 2 GG. So W. SEUFFERT, *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in NJW, 1969, 1369-1370.

<sup>1263</sup> M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in giur.cost, 1967, 590.

<sup>1264</sup> Ancora A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in La Corte costituzionale e i fatti, cit., 531.

<sup>1265</sup> Così A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in La Corte costituzionale e i fatti, cit., 531.

<sup>1266</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in La Corte costituzionale e i fatti, cit., 531.

<sup>1267</sup> Si veda M. LÖWISCH, *Zu den Folgen der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, in JZ, 1961, 731; si segnala anche la significativa tesi di Arndt. Cfr. A. ARNDT, *Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in DÖV, 1959, 81-84.

La flessibilizzazione dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità e la “forzatura” della categoria della nullità conduce ad una notevole confusione: si consideri soltanto che, guardando al sistema italiano, l'invalidità della norma costituzionale è la condizione comune per diverse le teorie sull'invalidità della norma incostituzionale<sup>1268</sup>.

Come si è già avuto modo di accennare, la c.d. *Fortgeltungsanordnung* determina il “prolungamento” della validità della norma incostituzionale, la quale continua a vivere nell'ordinamento giuridico, divenendo oggetto di applicazione da parte dei giudici e delle autorità amministrative.

Come può essere giustificato un meccanismo decisionale a tal punto in disaccordo con il primato della Costituzione?

Il superamento di tale *empasse*<sup>1269</sup> consiste primariamente nella necessaria relativizzazione del dogma della nullità<sup>1270</sup>: la validità di una norma incostituzionale, in altri termini, può porsi alla base del rispetto di un altro principio costituzionale<sup>1271</sup>. Quindi, se una legge è incostituzionale perché contraddice una disposizione costituzionale, ma la validità della norma è richiesta da un'altra disposizione costituzionale, la soluzione del “conflitto” si risolve nella valutazione del “peso” delle disposizioni costituzionali<sup>1272</sup>.

In secondo luogo, si consideri che il meccanismo sotteso alla *Fortgeltungsanordnung* conosce una rilevante forma di applicazione nel sistema di giustizia<sup>1273</sup> costituzionale austriaco, ai sensi dell'art. 140 della Costituzione<sup>1274</sup>.

---

<sup>1268</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1984, 388-398.

<sup>1269</sup> “Nach einem Teil der Doktrin interessiert sich das Verfassungsgericht für die Konsequenzen, die sich aus der Annahme seiner eigenen Entscheidungen ergeben, was in keiner Weise notwendig ist, da die fragliche Zuständigkeit ausschließlich den politischen Mächten gehören würde”; così J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in DÖV, 1970, 594. Si veda anche W. R. SCHENKE, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, in NJW, 1999, 1329, ancora attuale.

<sup>1270</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 183 e ss. Si veda anche J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 153. Siehe auch S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit., 178. *Contra* Ipsen. Secondo l'autore una validità temporanea della norma dichiarata incompatibile viola il primato della Costituzione: eine “temporäre - normative - Geltung verfassungswidriger Normen widerspräche dem unbedingten Geltungsanspruch - dem Grundsatz der “Unverbrüchlichkeit” der Verfassung”. Così J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 313.

Interessante è l'analisi sul superamento dell'equivalenza incostituzionalità-nullità di Ruotolo. Cfr. anche M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 310-318.

<sup>1271</sup> In punto di relativizzazione dei principi costituzionali si veda l'autorevole dottrina di J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998, 15; M. DIETZ, *Verfassungsrechtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 183; così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 377.

<sup>1272</sup> Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 183 e ss. Siehe BVerfGE 33, 303 (305); 72, 330 (333); 91, 86 (207); 98, 169 (215); 115, 276 (319); 121, 108 (131 f.); 128, 326 (332).

<sup>1273</sup> Si veda M. T. RÖRIG, *Austria*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, cit., 24.

<sup>1274</sup> K. GRABHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*, 2015, Rn. 45.



L'esperienza austriaca<sup>1275</sup>, e ciò non è di poco conto, esercita nei fatti una notevole influenza sull'esperienza temporalmente manipolativa tedesca, tanto è vero che, da un lato, la Corte austriaca, similmente al *BVerfG*, si avvale dell'opzione della "fissazione di un termine per l'abrogazione della norma incostituzionale" entro il quale il legislatore "può quindi intervenire al fine di rimediare alla situazione incostituzionale", e, dall'altro, l'istituto austriaco del premio di cattura è stato oggetto di utilizzo da parte del *BVerfG*.

Il Tribunale costituzionale, certamente conscio del rischio di trasformare la propria giurisprudenza in una eventuale "tirannide" per i cittadini, ha utilizzato in due casi la tecnica "salvadiritti" utilizzata dal Tribunale costituzionale austriaco, il quale, soprattutto in materia tributaristica, tende a tutelare il diritto di difesa delle parti del processo principale, e ciò anche in ragione della "simpatia esternata dal giudice Prof. Dr. Paul Kirchhof nel 1996 per la normazione austriaca, così da aver potuto convincere in tal senso i giudici del secondo senato"<sup>1276</sup>.

Anche se questa non pare essere la sede opportuna, vale la pena comunque di sottolineare che il Tribunale costituzionale austriaco, già alla fine degli anni '90, si è allontanato dalla tecnica della "*Ergreiferprämie*", e ciò in ragione, lo si può intuire, delle differenziazioni irragionevoli operate sulla base della mera situazione processuale<sup>1277</sup>.

In effetti, il cd. premio di cattura, tipico, peraltro, del modello *abrogativo*, origina quel paradosso per cui "una legge dichiarata incostituzionale" produce "effetti per alcuni e non per altri o che taluni atti siano considerati nulli, e, invece, altri identici validi"<sup>1278</sup>.

In ogni caso, al di là dei profili critici che interessano la prassi del "premio di cattura", alla luce di tali considerazioni è forse possibile comprendere la ragione per cui il legislatore, mediante la quarta legge che modifica la legge sul *BVerfG*, ha di fatto - seppur implicitamente - acconsentito all'utilizzo della variante decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* in discorso<sup>1279</sup>, tanto è vero che la dottrina ha definito l'ordine di prosecuzione come "costituzionalmente intangibile"<sup>1280</sup>;

---

<sup>1275</sup> La dottrina ha qualificato la manipolazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo con riferimento all'esperienza austriaca nel senso di una "stravaganza". Così P. PASSAGLIA, *Presentazione*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, cit., 11.

<sup>1276</sup> E' quanto riporta M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998*, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91, in *DSiR*, 1999, 406.

<sup>1277</sup> Si veda M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998*, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91, cit., 407.

<sup>1278</sup> La suggestione è offerta da R. L. WARTENBERG, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in *Effetti temporali*, cit., 121.

<sup>1279</sup> K. GRABHOF, § 78, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 78, cit., Rn. 44. Così il BVerfG: „Um einen schonenden Übergang von der verfassungswidrigen zu einer vom Gesetzgeber zu besorgenden verfassungsmäßigen Rechtslage zu ermöglichen, um namentlich einen rechtslosen Zustand zu überwinden, kann das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarerklärung des Gesetzes mit der Anordnung einer vorübergehenden Weitergeltung des bisherigen Rechts verbinden“. Cfr. BVerfGE 91, 186 (207) [BVerfG 11.10.1994 - 2 Bv R 633/86]; 93, 37 (85) [BVerfG 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91]; cfr. anche BVerfGE 98, 169 (215); 99, 216 (244); 99, (300) 313 s. [BVerfG 11.11.1998 - 2 BvL 10/95]).

<sup>1280</sup> In questo senso S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 174.

ancora, vi è chi ha sottolineato che lo scopo della disposizione dell'ordine di validità della norma incompatibile è quello di garantire opzioni di valore costituzionalmente rilevanti. In effetti, l'art. 35 del *BVerfGG* sembra assolvere, nella sua veste di extrema *ratio*, a tale funzione<sup>1281</sup>.

#### 6.2.2. *Il punctum dolens insito nella motivazione delle Unvereinbarkeitserklärungen, soprattutto con riferimento a quelle integrate dalla Fortgeltungsanordnung*

“La ricorrente ha dovuto aspettare cinque anni per la sua vittoria, che in ogni caso non sarà probabilmente tale e per cui dovrà (n.d.t. ancora) aspettare [...]”<sup>1282</sup>.

Poiché nello Stato di diritto i diritti fondamentali sono coperti da una garanzia costituzionale, non può non suscitare preoccupazione la riduzione della tutela dei diritti individuali cui consegue l'adozione di una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* nel caso in cui essa sia a (*a fortiori*) motivata in modo del tutto insufficiente<sup>1283</sup>.

In generale sono fortemente criticate le sentenze di incompatibilità le cui conseguenze non sono facilmente individuabili<sup>1284</sup>.

Poiché le decisioni del *BVerfG* ai sensi dell'art. 31 II *BVerfGG* hanno forza di legge, se le conseguenze giuridiche non sono definite, allora potrebbe delinearsi l'inammissibilità di sentenze di incompatibilità scarne in punto di motivazione<sup>1285</sup>.

Il problema acquista un certo grado di rilevanza se si considera che talvolta il Tribunale costituzionale federale lascia aperte le conseguenze derivanti dall'adozione delle decisioni di incompatibilità<sup>1286</sup>.

È anche vero però che il *BVerfG* specifica le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine fissato in combinato disposto con la decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*<sup>1287</sup>. Forti preoccupazioni, peraltro, ha destato l'insoddisfacente impianto motivazionale che talvolta sorregge le decisioni di incompatibilità integrate dalla *Fortgeltungsanordnung*, accompagnato da mere formule giuridiche scevre da concrete indagini

---

<sup>1281</sup> Cfr. W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, cit., 477. Si veda anche A. ARNDT, *Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in DVBl, 1952, 1(3).

<sup>1282</sup> C. PESTALOZZA, *Das Sportwetten-Urteil des BVerfG*, cit., 1715.

<sup>1283</sup> Così H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., 258-259.

<sup>1284</sup> Cfr. *BVerfGE* 59, 302 (326). Es gäbe keine ausreichende Begründung für die Unvereinbarkeitserklärungen: così M. SACHS, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des BVerfG*, cit., 28. Siehe auch über dieses Thema H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., 259.

<sup>1285</sup> Sulla *ratio* dell' art.31 *BVerfGG*, si veda J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 15.

<sup>1286</sup> *BVerfGE* 59, 302 (326).

<sup>1287</sup> C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit, 30, nota n. 29.

fattuali<sup>1288</sup>, con ciò gravando ulteriormente sul carattere recessivo che i diritti dell'individuo assumono dinanzi alla *Weitergeltungsanordnung*<sup>1289</sup>.

Così, in un caso noto alla dottrina in ragione dello scalpore suscitato, la Corte costituzionale federale ha ordinato l'applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento legislativo<sup>1290</sup>, nonostante i conseguenti oneri finanziari ammontassero a ben 2.530 milioni di euro<sup>1291</sup>.

### 6.3. La decisione di incompatibilità integrata da una *Übergangsregelung*

Esiste una terza variante delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, la quale che contiene disposizioni transitorie autonomamente individuate dal *BVerfG*.

Le disposizioni transitorie in questione esistono anche a prescindere dall'adozione delle decisioni di incompatibilità, tanto è vero che esse possono essere collegate a sentenze di nullità: si pensi, ad esempio, alle decisioni *BVerfGE* 1, 39 - *Schwangerschaftsabbruch* I<sup>1292</sup> e *BVerfGE* 88, 203<sup>1293</sup> - *Schwangerschaftsabbruch* II<sup>1294</sup>.

Quando le disposizioni di natura transitoria vengono adottate in concomitanza con la decisione di incompatibilità, quest'ultima assume il ruolo di "base decisionale", e ciò in quanto la *Übergangsregelung* non rappresenta una tipologia decisionale indipendente.

Essa viene definita nel senso di un diritto transitorio o di un diritto provvisorio: talvolta viene fatta coincidere con la *Fortgeltungsanordnung*<sup>1295</sup>, tanto è vero che la dottrina ha avuto difficoltà a separare i due istituti<sup>1296</sup> caratterizzanti l'armamentario temporalmente manipolativo del *BVerfG*. Da un punto di vista dogmatico, tuttavia, la seconda variante decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* appena analizzata costituisce un *aliud* rispetto alla variante in discorso,

---

<sup>1288</sup> Così P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 86.

<sup>1289</sup> Si veda per esempio *BVerfGE* 100, 195 (208).

<sup>1290</sup> Si consideri, ad esempio, la decisione del 9.12.2008 – 2BvL 1/07 (Rn. 80).

<sup>1291</sup> Si veda M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 83.

<sup>1292</sup> Così *BVerfGE* 39, 1 (68). L'art. 35 *BVerfGG* viene menzionato.

<sup>1293</sup> Così *BVerfGE* 88, 203 (335). L'art. 35 *BVerfGG* viene menzionato.

<sup>1294</sup> Sul punto si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 231. Sulla pronuncia in discorso si rimanda altresì all'ampio studio di M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, Giuffrè, 1994. Ancora, si veda G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 117 ss.

<sup>1295</sup> Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 168.

<sup>1296</sup> G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 220.

poiché solamente quest'ultima realizza una modifica del contenuto della norma dichiarata incompatibile.

Tanto chiarito, da un punto di vista statistico le *Unvereinbarkeitserklärungen* integrate da una *Übergangsregelung* vengono solitamente adottate nel *Normenkontrollverfahren*<sup>1297</sup> e nella *Verfassungsbeschwerde*<sup>1298</sup>.

L'adozione delle *Übergangsregelungen*, come si è avuto modo di accennare, sembra porsi in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con il principio della legalità, soprattutto in materia di diritto penale<sup>1299</sup>.

Non solo, esse sembrano porsi *ictu oculi* in contrasto anche con il principio del primato della Costituzione, e ciò in quanto la norma incompatibile non solo continua ad esistere, ma viene addirittura parzialmente modificata dallo stesso Tribunale costituzionale federale.

Tuttavia, afferma la dottrina, tale variante decisionale deve ritenersi costituzionalmente ammissibile<sup>1300</sup>: le disposizioni transitorie vengono infatti spesso adottate - quale *extrema ratio* - al fine di salvaguardare il benessere comune<sup>1301</sup>.

La *Übergangsregelung* deve essere applicata dai giudici comuni fino al futuro intervento del legislatore: la *ratio* è quella di non creare un vuoto giuridico nell'attesa della riforma legislativa la quale, evidentemente, non può essere suscettibile di immediata realizzazione.

Secondo Seer, il vuoto giuridico che potrebbe conseguire alla declaratoria di incostituzionalità *tout-court* risulta particolarmente gravoso nella materia economico-fiscale: pertanto, in alcuni casi, “la disciplina transitoria forgiata dal *BVerfG* può anche avere un proprio contenuto sostanziale, cosicché il Tribunale costituzionale federale possa provvedere autonomamente all'eliminazione in via transitoria del vizio di legittimità costituzionale”<sup>1302</sup>.

Secondo Schwindt, nell'ambito del diritto tributario dall'adozione della pronuncia del *BVerfG* non possono derivare conseguenze incostituzionali<sup>1303</sup>: per questo motivo le norme transitorie vengono forgiate dal *BVerfG* in ragione del fatto che il diritto tributario si fonda su “interessi fiscali”<sup>1304</sup>.

---

<sup>1297</sup> Ci si riferisce alla *konkrete* e alla *abstrakte* Normenkontrolle.

<sup>1298</sup> G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 349.

<sup>1299</sup> Molto critico sul punto è W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AöR*, 1999, 474.; M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 182.

<sup>1300</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 186.

<sup>1301</sup> Così R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 285.

<sup>1302</sup> R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit, 287.

<sup>1303</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 184.

<sup>1304</sup> Così H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen*, cit., 207.

Al di là della materia economico-finanziaria, il *BVerfG* si atteggia a “legislatore provvisorio” qualora debba - in general - assumere il ruolo di legislatore d'emergenza<sup>1305</sup>. A tal proposito, secondo Söhn, le decisioni di incompatibilità in discorso potrebbero essere suscettibili di utilizzazione per sanzionare l'inottemperanza da parte del legislatore all'obbligo di riforma contenuto in una precedente *Unvereinbarkeitserklärung*<sup>1306</sup>.

Quando il *BVerfG* adotta simili decisioni, “non solamente adotta un dispositivo non regolamentato del *BVerfGG*, ma determina altresì cosa debba accadere nel periodo transitorio”<sup>1307</sup>.

Una regolamentazione di natura transitoria è stata ordinata dal *BVerfG* in occasione della sentenza sul finanziamento ai partiti (*Parteispenden-Urteil*)<sup>1308</sup>. In tale occasione il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato che “la dichiarazione di nullità (parziale) è esclusa in considerazione dell'esistenza di diverse opzioni legislative per eliminare la violazione costituzionale (cfr. *BVerfGE* 61, 43 [68] con w. N.). Deve pertanto essere lasciato al legislatore il compito di sanare la violazione del principio dell'eguale partecipazione da parte dei cittadini al processo decisionale politico. Entro i limiti previsti, il legislatore dovrà determinare in quale misura le spese volte al sostegno della politica statale siano deducibili. Spetta al legislatore decidere se tale importo massimo, che è lo stesso per ogni contribuente, debba essere deducibile separatamente in futuro, oltre alle spese per la promozione degli altri scopi che godono di agevolazioni fiscali ai sensi dei §§ 10 b EStG e 9 n. 3 KStG. Tenuto conto del margine di manovra del legislatore, la nullità delle norme contestate è qui esclusa (cfr. *BVerfGE* 28, 227 [242 s.]; 61, 43 [68]; 62, 374 [391]; giurisprudenza consolidata). La decisione deve pertanto limitarsi alla determinazione dell'incompatibilità con la legge fondamentale. Se le norme sono dichiarate incompatibili con la Legge fondamentale, ciò ha come conseguenza, in linea di principio, che esse non possono più essere applicate dai tribunali e dalle autorità amministrative nella misura risultante dal tenore (*BVerfGE* 37, 217 [261]; 55, 100 [110]; 61 319 [356] [...]) Nel caso di specie, è necessario prevedere un regime transitorio fino ad una nuova regolamentazione legislativa. In questo modo si eviterà che si crei un vuoto giuridico e che si creino incertezze sulla situazione giuridica sia da parte dei contribuenti interessati che da parte delle autorità pubbliche (cfr. *BVerfGE* 37, 217 [261]). § Gli articoli 10 b EStG e 9 n. 3 KStG devono essere applicati a titolo di accertamento fiscale provvisorio (articolo 165 AO; *BVerfGE* 61, 319 [357]), a condizione che le spese per la promozione della politica statale siano deducibili per ogni

---

<sup>1305</sup> Ancora S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, cit.167.

<sup>1306</sup> Al tempo in cui il noto giurista scriveva, il *BVerfG* non aveva ancora considerato alcuna “misura esecutiva quale sanzione per il mancato adempimento di un obbligo di riforma da parte del legislatore”.

<sup>1307</sup> H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 209.

<sup>1308</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale del *BVerfG* e il finanziamento ai partiti si veda V. SCHÜTTE, *Parteifinanzierung: Die doppelte Wende des Bundesverfassungsgerichts und die Folge*, in *kritische Justiz* Vol. n. 26, No. 1 (1993), 87-92.

contribuente fino ad un importo massimo di 100 000 DM - con la soppressione delle restrizioni sulle percentuali precedentemente previste”<sup>1309</sup>.

In questo caso, quindi, il *BVerfG* ha rinunciato alla dichiarazione di nullità per il timore che si creasse un vuoto giuridico; inoltre, la semplice *Fortgeltungsanordnung* sarebbe risultata non conforme a Costituzione in ragione della gravosa natura del vizio di legittimità costituzionale della norma dichiarata incompatibile<sup>1310</sup>.

Il *BVerfG* ha ragionato diversamente nella sentenza sulla legge relativa alla cogestione (*Mitbestimmungsgesetz*) dello Schleswig-Holstein, in è stata dichiarata l’incompatibilità di alcune disposizioni della legge in cui questione con l’art. 28 I alinea 1, in combinato disposto con l’art. 20, II, della Legge fondamentale, prevedendo la *Fortgeltungsanordnung*<sup>1311</sup> in ragione della percepita necessità di “coinvolgere nei Länder i rappresentanti del personale anche nelle questioni interne, sociali e dello stesso personale dei lavoratori”<sup>1312</sup>.

Un esempio “puro” di sentenza di incompatibilità caratterizzata dalla previsione di una regolamentazione transitoria è il *BVerfGE* 84, 9. In occasione della pronuncia sul cognome dei coniugi, il *BVerfG* ha dichiarato incompatibile con l’articolo 3 II della Legge fondamentale il § 1355.2 frase 2 del Codice civile del 14 giugno 1976 (Gazzetta ufficiale federale I pag. 1421). Nonostante non sia stato menzionato né nella parte motiva né nel dispositivo l’articolo 35 del *BVerfGG*, tuttavia il *BVerfG* ha previsto una regolamentazione di natura transitoria.

---

<sup>1309</sup> *BVerfGE* 73, 40 [101 s.]: Eine (Teil-) Nichtigerklärung scheidet mit Rücksicht auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers aus, weil mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes bestehen (vgl. *BVerfGE* 61, 43 [68] mit w. N.). Es muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben, in welcher Weise der Verstoß gegen den Grundsatz der gleichen Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung geheilt werden soll. Innerhalb der ihm vorgegebenen Grenzen wird der Gesetzgeber zu bestimmen haben, in welcher Höhe Ausgaben zur Förderung staatspolitischer Zwecke abzugsfähig sein sollen. Ob dieser für jeden Steuerpflichtigen gleiche Höchstbetrag künftighin gesondert neben Ausgaben zur Förderung der anderen durch § 10 b EStG und § 9 Nr. 3 KStG steuerbegünstigten Zwecke abzugsfähig sein soll, steht im Ermessen des Gesetzgebers. Im Hinblick auf diesen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers scheidet hier eine Nichtigerklärung der angegriffenen Normen aus (vgl. *BVerfGE* 28, 227 [242 f.]; 61, 43 [68]; 62, 374 [391]; ständige Rechtsprechung). Die Entscheidung ist daher auf die Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu beschränken. Werden Normen mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt, hat dies grundsätzlich zur Folge, daß sie in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang von Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht mehr angewendet werden dürfen (*BVerfGE* 37, 217 [261]; 55, 100 [110]; 61 319 [356]). Im vorliegenden Fall ist es geboten, für die Zeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung. Im vorliegenden Fall ist es geboten, für die Zeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung eine Übergangsregelung zu treffen. Dadurch wird verhindert, daß ein rechtliches Vakuum entsteht und bei den betroffenen Steuerpflichtigen wie bei den Behörden Unsicherheit über die Rechtslage herrscht (vgl. *BVerfGE* 37, 217 [261]). § 10 b EStG und § 9 Nr. 3 KStG sind im Wege vorläufiger Steuerfestsetzung (§ 165 AO; *BVerfGE* 61, 319 [357]) mit der Maßgabe anzuwenden, daß Ausgaben zur Förderung staatspolitischer Zwecke für jeden Steuerpflichtigen - unter Wegfall der Begrenzungen auf die bisher vorgesehenen Vomhundertsätze - bis zu einem Höchstbetrag von 100 000 DM abzugsfähig sind”.

<sup>1310</sup> G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, cit., 350.

<sup>1311</sup> J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 99.

<sup>1312</sup> *BVerfGE* 93, 37 (85): “auch in den Ländern die Personalvertretung in innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten der Beschäftigten zu beteiligen”.



In primo luogo, il *BVerfG* ha dichiarato: “Se una disposizione è dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale, ciò ha come conseguenza, in linea di principio, che essa non può più essere applicata dai tribunali e dalle autorità amministrative (*BVerfGE* 37, 217 [261]; 82, 126 [155])”. Si tratta, in buona sostanza, della conseguenza “tipica” della sentenza di incompatibilità “pura”. Successivamente il *BVerfG* ha giustificato “l’eccezione dell’eccezione”- rappresentata dalla seconda variante decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen* - in quanto ha avuto modo di affermare: “è necessaria una *regola standard*”<sup>1313</sup> fino all’entrata in vigore della nuova disciplina. Tuttavia, ciò non giustifica l’applicazione provvisoria della disposizione incostituzionale. È vero che ciò potrebbe evitare l’incertezza giuridica circa il nome che i coniugi devono utilizzare in costanza di matrimonio qualora non effettuino una dichiarazione ai sensi dell’articolo 1355.2 alinea 1 BGB (cfr. *BVerfG* 37, 217 [260]; 61, 319 [356]). Tuttavia, l’ulteriore applicazione del § 1355.2 alinea 2 del codice civile porterebbe a ulteriori violazioni costituzionali che non potrebbero essere rimosse dalla nuova disposizione [...]”<sup>1314</sup>.

La disposizione transitoria prevista dal *BVerfG* agevola talvolta il legislatore.

Come peraltro si può leggere nella sentenza appena commentata, il *BVerfG* afferma, a proposito della *Übergangsregelung*, che “questa disposizione transitoria non pregiudica [...] il legislatore, ma agevola piuttosto l’approvazione di una nuova riforma perché evita la necessità di un cambio di nome multiplo”<sup>1315</sup>.

Infine, la dottrina ha individuato una quarta sottocategoria delle *Unvereinbarkeitserklärungen*: la dichiarazione di incompatibilità con effetto *ex nunc*.

Tuttavia, chi scrive ritiene che la direzione temporale degli effetti della declaratoria di incompatibilità non sembra potersi porre alla base dell’individuazione di una nuova tipologia delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

---

<sup>1313</sup> Il *BVerfG* utilizza il termine *Auffangregelung*.

<sup>1314</sup> “Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist daher eine Auffangregelung erforderlich. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, die verfassungswidrige Vorschrift ausnahmsweise vorläufig weiter anzuwenden. Zwar könnte dadurch Rechtsunsicherheit über den Namen, den die Ehegatten in der Ehe zu führen haben, wenn sie eine Erklärung nach § 1355 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht abgeben, vermieden werden (vgl. *BVerfGE* 37, 217 [260]; 61, 319 [356]). Die weitere Anwendung des § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB würde jedoch zu neuen Verfassungsverstößen führen, die durch die spätere Neuregelung nicht oder doch nur unter erneuter Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen rückgängig gemacht werden könnten”.

<sup>1315</sup> *BVerfGE*, 84, 9 (23).

## 7. I campi applicativi delle Unvereinbarkeitserklärungen

### 7.1. La violazione del principio di uguaglianza e la tutela della sfera discrezionale del legislatore

La violazione del principio di uguaglianza costituisce uno dei *topoi* più significativi con riferimento all'adozione delle sentenze di incompatibilità<sup>1316</sup>.

Il motivo è semplice: solo ciò che è incostituzionale può essere dichiarato nullo.

Come possono le violazioni del principio generale di uguaglianza essere effettivamente incostituzionali se il principio di uguaglianza si fonda su un rapporto tra norme?<sup>1317</sup>

Anche i sostenitori della nullità *ipso iure* hanno sostenuto l'impossibilità di isolare la disposizione verosimilmente non conforme al principio di uguaglianza<sup>1318</sup>.

Non a caso a parere di Seer le *Unvereinbarkeitserklärungen* “hanno la loro vera culla nei casi in cui si verifichi la violazione del principio di uguaglianza”<sup>1319</sup>.

La giustificazione della rinuncia alla sentenza di nullità alla luce della violazione dell'articolo 3 della Legge fondamentale viene argomentata come segue: “[...] poiché il legislatore ha diverse possibilità per eliminare il vizio di legittimità costituzionale, solo una dichiarazione di incompatibilità può venire in considerazione”<sup>1320</sup>.

La sfera discrezionale del legislatore diviene così *unicum* con il *topos* in questione: ciò si basa sul fatto che “[...] nonostante l'accertamento di una situazione giuridica incostituzionale, la norma incostituzionale non può essere isolata”<sup>1321</sup>; ci sono quindi impossibilità tecniche quanto all'adozione di una sentenza di nullità<sup>1322</sup>.

---

<sup>1316</sup> Si veda J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 18 ff.; J. LUTHER, *Giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in *Esperienze di Giustizia costituzionale*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2000, 182. Siehe auch B. CARAVITA DI TORITTO, *Corte “Giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, 211; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 168; F. RESCIGNO, *La Giustizia costituzionale in Germania*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, M. OLIVETTI, T. GROPPI (Hrsg.), Giuffrè, Milano, 2003, 115.

<sup>1317</sup> In questo senso C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, cit., 195.

<sup>1318</sup> Così M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgericht*, cit., 33 und auch M. SACHS, *Bloße Unvereinbarkeitserklärung bei Gleichheitsverstößen*, in *NVwZ*, 1982, 661.

<sup>1319</sup> Così R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., 285; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 33. Besonders in den “Art. 3 GG-Fällen” ergibt sich ein besonderer Schutz von Grundrechtsklägern: siehe BVerfGE 22, 349 (326 s.)

Si veda anche l'autorevole dottrina di M. SACHS, *Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen “in Verbindung mit” anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechte) zu sprechen?* a cura di (S. KEMPNY - P. REIMER) in *Gleichheitssatzdogmatik heute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, 130.

<sup>1320</sup> Così BVerfGE 22, 349 (361-362) oder auch BVerfGE 116, 229 (242).

<sup>1321</sup> Cfr. J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 213.

<sup>1322</sup> Si veda ancora J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 214.

Se una disposizione viola l'articolo 3 della Legge fondamentale e la Corte costituzionale federale decide di adottare una sentenza di incompatibilità, il *BVerfG* è chiamato a tutelare la sfera discrezionale del legislatore<sup>1323</sup>.

La prima decisione che costituisce il “manifesto” della rinuncia alle dichiarazioni di nullità a favore dell'adozione di sentenze di incompatibilità al fine di consentire al legislatore un ampio margine di manovra è la decisione *BVerfGE* 22, 349 (361-362) - Waisenrente und Wartezeit.

Secondo il *BVerfG* “la dichiarazione di nullità della disposizione di legge non è suscettibile di essere adottata anche per motivi sostanziali [...] nei casi descritti, una violazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della Legge fondamentale da parte del legislatore può essere regolarmente sanata in vari modi: o il gruppo che era stato escluso dai benefici ne viene integrato, oppure il gruppo di persone titolari in via del tutto irragionevole dei benefici incostituzionali ne viene spogliato ai sensi dell'art. 3 I della Legge fondamentale. Quale di queste possibilità debba essere preferita nel caso concreto deve in linea di principio essere lasciata alla discrezione del legislatore, soprattutto perché dispone di un ampio margine di discrezionalità nel caso di disposizioni favorevoli nell'ambito dell'articolo 3.1 della Legge fondamentale (cfr. *BVerfGE* 11, 50 [60]; 12, 151 [166]; 17, 210 [216]). La Corte costituzionale federale non può quindi ripristinare essa stessa l'uguaglianza violata in caso di accertamento della violazione costituzionale estendendo il beneficio al gruppo di persone che ne era stato escluso, in quanto anticiperebbe così la decisione del legislatore. Altro vale solo se, in relazione a un mandato costituzionale obbligatorio o secondo le altre circostanze del singolo caso, vi sia soltanto tale soluzione per ripristinare la legalità (cfr. *BVerfGE* 17, 148 [152 e segg.]; 22, 163 [174 e segg.])”.

L'obiettivo di tutelare la sfera discrezionale del legislatore è stato illustrato dettagliatamente nella pronuncia *BVerfGE* 93, 386 (396-397): “ai sensi dell'articolo 3 I della Legge fondamentale, il legislatore è tenuto a trattare ciò che è eguale in modo uguale e ciò che è diverso in modo diverso, a seconda del caso considerato. Certamente, in particolare per quanto riguarda le disposizioni della legge sulle remunerazioni e sulle pensioni, rimane in capo al legislatore un ampio margine di manovra (cfr. *BVerfGE* 71, 39 [52 s.]; 76, 256 [330]; *stRspr*)<sup>1324</sup>”.

Si veda anche la decisione *BVerfGE* 105, 73, in cui il *BVerfG*, in materia di pensioni dei dipendenti pubblici, ha dichiarato che “la violazione di una disposizione contro la Legge fondamentale può portare a una sentenza di nullità ai sensi dell'articolo 78 della Legge [...] Una semplice dichiarazione di incompatibilità è necessaria se il legislatore ha varie possibilità per eliminare la violazione costituzionale. È il caso di solito delle violazioni del principio di uguaglianza (*stRspr*; *BVerfGE* 99, 280 [298]). Se, inoltre, si tratta, come in questo caso, di norme la cui incostituzionalità deriva [...] dall'interazione con altre norme che, contrariamente al

---

<sup>1323</sup> Si veda A. BURGHART, *Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam?* in *NJW*, 1998, 1264

<sup>1324</sup> Anche *BVerfGE* 87, 114 (136).

principio di uguaglianza, concedono benefici in modo del tutto irragionevole [...] si deve anche tener conto del fatto che la nullità della disposizione incostituzionale non poteva ripristinare la legalità costituzionale”<sup>1325</sup>.

Un esempio recente corrisponde alla sentenza del 10 ottobre 2017 in cui il *BVerfG* ha adottato la sentenza di incompatibilità dell'articolo 21, paragrafo 1, numero 3 della legge sullo stato civile *Personenstandsrechtsgesetz* (PStG) per contrasto con l'articolo 2, comma 1, in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1 e con l'articolo 3, comma 3 della Costituzione, nella parte in cui non consente, alle persone che lo richiedano, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un “terzo sesso”, distinto da quello maschile e femminile.

Afferma il *BVerfG*: il contrasto con la Costituzione di una prescrizione normativa contestata in via mediata con il ricorso costituzionale di regola conduce alla sua nullità ai sensi dell'articolo 95 comma 3 secondo periodo della legge sulla Corte costituzionale, ma qui viene in considerazione solo un'incongruenza poiché il legislatore ha a disposizione più possibilità per eliminare la discriminazione dell'interessato (vedi la nostra sentenza 133,59). Invero, il legislatore potrebbe, in linea generale, rinunciare a un'annotazione del sesso ai sensi della legge di stato civile. Ma può, invece, anche per le persone interessate, oltre alla sussistente opzione di non apporre alcuna annotazione del sesso ai sensi dell'articolo 22, comma 3 della legge sullo stato civile, prevedere la possibilità di scegliere una unitaria positiva indicazione di un sesso che non sia maschile o femminile. L'opzione di un'ulteriore annotazione di sesso può essere conformata legislativamente in diversi modi. In particolare, il legislatore non è limitato alla scelta di una delle indicazioni perseguite dalla persona richiedente nel procedimento speciale.

In conseguenza della stabilita incongruenza, i giudici e le autorità amministrative non possono più applicare le norme in esame. Il legislatore deve entro il 31 dicembre 2018 adottare una nuova normativa. I processi in cui una persona con varianti dello sviluppo sessuale, che non si riconosca permanentemente né nel sesso maschile né in quello femminile e che aspiri alla annotazione di un'altra indicazione del sesso rispetto a quello maschile o femminile, devono essere sospesi fino ad una nuova regolamentazione”<sup>1326</sup>.

Infine, il legislatore ha scelto di aprire l'ordinamento giuridico alla registrazione della terza opzione<sup>1327</sup>.

---

<sup>1325</sup> *BVerfGE* 105, 73 (133). Si vedano anche le note decisioni *BVerfGE* 130, 131 (150) e 130, 240 (260-261).

<sup>1326</sup> Sentenza del 10 ottobre 2017, Prima Sezione, *BVerfG* 2019/16, lett. c)

<sup>1327</sup> Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I pagina 2635).

### 7.1.1. L'adozione della Nichtigkeitserklärung in caso di violazione del principio di uguaglianza

Nel caso di violazione del principio di uguaglianza, non è esclusa l'adozione di una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* così come una sentenza di nullità della sentenza<sup>1328</sup>.

La nullità di un rapporto tra norme incostituzionali può essere dichiarata solamente qualora essa sia l'unica soluzione costituzionalmente necessaria<sup>1329</sup>.

Ad esempio, ai sensi del *BVerfGE* 110, 94 (139): “L'articolo [...] della legge sulle imposte sul [...] applicabile ai periodi di accertamento 1997 e 1998 [...] è incompatibile con l'articolo 3 I della Legge fondamentale e nullo, per quanto riguarda le operazioni di vendita di titoli”. E ancora: “il Senato è convinto che una eliminazione successiva dell'incostituzionalità non sia possibile attraverso la riformulazione della disciplina sostanziale e procedurale e attraverso un'applicazione globale basata sulla nuova situazione giuridica [...]”.

Questa decisione è stata criticata il fatto di avere creato una situazione di incertezza giuridica<sup>1330</sup>.

### 7.2. La c.d. Chaos-Theorie

Già nella *Saar-Urteil*<sup>1331</sup>, il *BVerfG* aveva avuto modo di precisare che “dichiarando nulla la disposizione incostituzionale, si sarebbe creata una situazione che sarebbe stata ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto a quella attuale”<sup>1332</sup>.

Ancora oggi non vi è “[...] un'effettiva giustificazione dogmatica [...] con riferimento a una simile prassi”<sup>1333</sup> temporalmente manipolativa.

In generale la *Chaos-Theorie* si fonda sulla rinuncia all'adozione della declaratoria di incostituzionalità in ragione della sua immediata efficacia retroattiva<sup>1334</sup>.

---

<sup>1328</sup> K. GRABHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2015, Rn. 74.

<sup>1329</sup> Cfr. *BVerfGE* 21, 329 e *BVerfGE* 22, 349 (362). Si veda sul punto P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 112. e J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 111.

<sup>1330</sup> Così J. SEIPL - J. WIESE, *Strafrechtliche Folgen der Verfassungswidrigkeit der Spekulationsbesteuerung* in *NStZ*, 2004, 543.

<sup>1331</sup> *BVerfGE* 4, 157.

<sup>1332</sup> Del tutto significativamente J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 114.

<sup>1333</sup> Ancora si veda J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 114. Si veda *amplius* R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, 52-72.

<sup>1334</sup> R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, 52-72.

<sup>1334</sup> Si veda la decisione del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09, Rn. 82.

Sono quindi le conseguenze derivanti dalla *Nichtigkeitserklärung* a porsi a fondamento della c.d. *Chaos-Theorie* o c.d. *Rechtsfolgentheorie*.

In una decisione molto recente, il *BVerfG* ha dichiarato che “la rinuncia alla dichiarazione di nullità è possibile se, a fronte dell’annullamento di una legge, si creerebbe una situazione ancora più incostituzionale di quella precedente (cfr. *BVerfGE* 37, 217 <261>; 61, 319 <356>; 87, 153 <177 f.>; 111, 191, 191 <224>; 132, 372 <394>)”<sup>1335</sup>.

Anche l’adozione di una sentenza di incompatibilità “pura” potrebbe condurre ad uno stato di “ancora più incostituzionalità”<sup>1336</sup>.

Un esempio di “*verfassungsfernerer Zustand bei Nichtigerklärung*”<sup>1337</sup> è la sentenza sulla cittadinanza dei discendenti. Secondo la prima massima indicata: “è incompatibile con il principio della parità di diritti tra uomini e donne (articolo 3, comma 2, della Legge fondamentale) che, secondo il § 4, comma 1, della legge del Reich e della cittadinanza, il figlio legittimo di un padre tedesco e di una madre straniera acquisisca sempre la cittadinanza tedesca, mentre il figlio legittimo di madre tedesca e padre straniero acquisisca la cittadinanza solamente qualora rimarrebbe, altrimenti, apolide”.

La Corte ha sostenuto che “la specificità della disposizione in esame richiede inoltre una dichiarazione su ciò che deve essere applicato nel frattempo per quanto riguarda l’acquisizione della cittadinanza al momento della nascita fino all’entrata in vigore della nuova disciplina legislativa”<sup>1338</sup>.

È nota anche la decisione sul “*Numerus clausus*”, con la quale il *BVerfG* ha rinunciato all’adozione di una sentenza di nullità a causa del rischio di insorgenza di uno stato emergenziale che avrebbe dovuto gestire l’Università. Secondo il *BVerfG*, infatti “l’incostituzionalità di una norma giuridica con la Legge fondamentale comporta regolarmente la nullità di questa norma. Poiché, tuttavia, le norme dichiarate incompatibili possono essere applicate in senso costituzionalmente conforme alla presente decisione, non è necessario dichiarare la nullità relativa alla disciplina sull’ammissione (n.d.r. ai corsi universitari); piuttosto, ciò creerebbe una situazione [...] che sarebbe ancora più lontana dall’ordine costituzionale di quella “attuale”<sup>1339</sup>.

Si pensi anche alla decisione di incompatibilità relativa alle disposizioni della legge sui contributi previsti dalla legge sui benefici accordati ai richiedenti asilo<sup>1340</sup>, in quanto contrastanti con il diritto fondamentale della garanzia ad un’esistenza minima dignitosa. Nella fattispecie il *BVerfG*, nel prevedere una normativa transitoria al fine di accordare una tutela dei servizi di base preposti

<sup>1335</sup> Si veda la decisione del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09, Rn. 82.

<sup>1336</sup> *BVerfGE* 99, 216, 244 poi 119, 331, 382 s.; 33, 303 [347]; 133, 241 [260].

<sup>1337</sup> Situazione “ancora più incostituzionale” basata sull’adozione di una sentenza di nullità.

<sup>1338</sup> *BVerfGE* 37, 217 (261).

<sup>1339</sup> *BVerfGE* 33, 303 (348).

<sup>1340</sup> 132, 134 (173 s.).



all'esistenza di un'esistenza minima dignitosa, ha dichiarato che "l'ulteriore applicazione delle norme incostituzionali non è ammissibile alla luce della rilevanza dei servizi di base poiché essi garantiscono il sostentamento degli individui"<sup>1341</sup>.

La letteratura ha individuato ulteriori ragioni che potrebbero porsi alla base della rinuncia all'adozione di una sentenza di nullità<sup>1342</sup>:

- a) ci si riferisce ai casi relativi agli stipendi dei dipendenti pubblici<sup>1343</sup>;
- b) in generale, al diritto sociale<sup>1344</sup>;
- c) ad alcune ipotesi relative ai diritti fondamentali<sup>1345</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo raggruppamento di casi, si consideri la decisione "Josefine Mutzenbacher".

Nel caso di specie il *BVerfG* ha ordinato la proroga della validità della norma dichiarata incompatibile al fine di garantire la "tutela dei bambini e degli adolescenti"<sup>1346</sup>, onde evitare "di mettere a repentaglio il loro sviluppo personale, come sancito dai diritti fondamentali". L'adozione di una sentenza di nullità avrebbe avuto come conseguenza quella per cui non ci sarebbe più stata una base giuridica per il ruolo del Presidente della Commissione federale incaricata di giudicare sulle pubblicazioni dannose per i giovani. "[...] secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale federale, la stessa non deve realizzare per il tramite delle sue decisioni una situazione che sarebbe ancora meno compatibile con la Costituzione di quella attuale. Ciò esclude la possibilità di considerare la presente disposizione non solo incompatibile con la Legge fondamentale, ma anche nulla. Ne conseguirebbe che la Commissione federale di revisione non potrebbe più agire per la protezione dei bambini e degli adolescenti. La protezione dei bambini e dei giovani dal rischio di compromettere il loro sviluppo personale, sancito dalla Legge fondamentale, richiede il mantenimento temporaneo dell'attuale situazione giuridica nonostante i vizi di legittimità costituzionale [...] quattro anni devono essere considerati un periodo di tempo adeguato [...] si tratta tuttavia di decisioni organizzative in un settore gestibile che non richiedono un lavoro preparatorio troppo lungo"<sup>1347</sup>.

Secondo la dottrina, la decisione appena richiamata sottintende la rinuncia ad una sentenza di nullità in quanto quest'ultima avrebbe minacciato "lo Stato nella sua esistenza [...] o nella sua capacità di funzionare"<sup>1348</sup>.

---

<sup>1341</sup> *BVerfGE* 132, 134 (174).

<sup>1342</sup> Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 143.

<sup>1343</sup> Si veda *BVerfGE* 8,1 und *BVerfGE* 32, 199.

<sup>1344</sup> Ad esempio *BVerfGE* 8, 28 (35) o anche 81, 363 (385 f.).

<sup>1345</sup> La recente dottrina di B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen* in *RiBFH*, 2019, 248, il quale fa riferimento alla decisione del 17.11.2009 - 1 BvR 2192/05.

<sup>1346</sup> *BVerfGE* 83, 130 (152 ss.).

<sup>1347</sup> *BVerfGE* 83, 130 (153 s.).

<sup>1348</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 180.

Ancora, sempre secondo parte della dottrina, vi sono ulteriori ambiti applicativi che si pongono a fondamento della rinuncia alla sentenza di nullità, vale a dire:

d) la garanzia della certezza del diritto<sup>1349</sup>;

e) la garanzia dello Stato di diritto<sup>1350</sup>.

Così il Tribunale costituzionale federale nella pronuncia *BVerfGE* 119, 331 (387 e segg.): “la semplice dichiarazione di incompatibilità, combinata con l'ordine di mantenimento temporaneo della disposizione incostituzionale, può essere considerata una conseguenza giuridica sostitutiva della nullità dalla legge, se è indispensabile per motivi costituzionali consentire che una disposizione incostituzionale continui ad esistere per un periodo transitorio in modo che durante questo periodo non vi sia una situazione che sia ancora più lontana dall'ordine costituzionale di quella precedente (cfr. *BVerfGE* 119, 331 e segg.). *BVerfGE* 33, 303 <347>; 61, 319 <356>; 92, 53 <73>; 111, 191 <224>). Oltre ai diritti fondamentali (cfr. *BVerfGE* 83, 130 <154>; 92, 158 <186>), è soprattutto il principio dello Stato di diritto nella manifestazione del principio della certezza del diritto (cfr. *BVerfGE* 37, 217 <261>; 73, 40 <101 f.>) ad essere riconosciuto come un bene giuridico per la cui tutela può essere giustificata e richiesta la validità limitata di una regolamentazione non conforme alla costituzione. Ciò si ripercuote se l'annullamento del regolamento impugnato crea un vuoto giuridico e se sorgono incertezze sulla situazione giuridica sia tra le autorità che tra i soggetti giuridici (cfr. *BVerfGE* 37, 217 <261>; 73, 40 <102>; 92, 53 <74>). L'accertamento dell'incompatibilità di una situazione giuridica con la Legge fondamentale non deve inoltre comportare l'incapacità temporanea dell'amministrazione di adempiere ai doveri costituzionali per mancanza di una base giuridica sufficiente (cfr. *BVerfGE* 83, 130 <152 e segg. >; anche 51, 268 <290 e segg. >); ciò vale anche per l'effettivo adempimento dei compiti ad essa assegnati”.

f) Non solo. Con riferimento al *topos* applicativo delle decisioni di incompatibilità in discorso, l'interesse alla chiarezza giuridica svolge anche un ruolo considerevole; si consideri la decisione *BVerfGE* 125, 175 (256), *Hartz IV*, ove il *BVerfG* stabilisce di non adottare una sentenza di nullità in quanto avrebbe creato una situazione che sarebbe ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto a quella precedente [...].

Inoltre, il legislatore dispone di diverse possibilità per eliminare la violazione accertata dell'articolo 1, paragrafo 1, GG in combinato disposto con l'articolo 20, paragrafo 1, GG”.

Ancora, si consideri la pronuncia *BVerfGE* 125, 175 (256): “a causa del potere discrezionale legislativo della Corte costituzionale federale, quest'ultima non è autorizzata, sulla base delle proprie valutazioni e valutazioni, a determinare essa stessa una certa quantità di prestazioni. Le

---

<sup>1349</sup> Si veda B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, cit. 248.

<sup>1350</sup> *BVerfGE* 37, 217 (261); 73, 40 (101 s.).

disposizioni incostituzionali restano quindi applicabili fino a un nuovo provvedimento del legislatore [...] Nell'interesse della chiarezza giuridica ai sensi del § 82.1 in combinato disposto con il § 78 frase 2 del *BVerfGG*, le conseguenze giuridiche menzionate devono essere pronunciate anche per le versioni successive e i regolamenti successori delle disposizioni presentate (cfr. *BVerfGE* 99, 202 [216]; 216 [243]; 104, 126 [150]; 120, 125 [166 e seguenti], in ogni caso con un margine di errore)".

### 7.2.1. *Certezza giuridica .... una categoria elastica*

Il *topos* della certezza del diritto<sup>1351</sup> viene descritto dalla dottrina come il perno intorno al quale ruota l'ordine di applicazione della norma incompatibile<sup>1352</sup>, il quale sottintende l'esigenza - percepita dal *BVerfG* - di precludere la formazione un "pericoloso" vuoto normativo.

Emblematica in questo senso è la decisione *BVerfGE* 61, 319, in cui il Tribunale costituzionale federale ha affermato che "l'applicazione totale o parziale della norma dichiarata incompatibile viene disposta se la peculiarità della disposizione dichiarata incostituzionale rende necessario, per motivi costituzionali, in particolare per quelli relativi alla certezza del diritto, permettere che la disposizione incostituzionale continui ad esistere come disposizione per il periodo transitorio, in modo che durante questo periodo non si verifichi una situazione che sia ulteriormente allontanata dall'ordine costituzionale rispetto a quella precedente"<sup>1353</sup>.

Di norma, il *topos* della certezza giuridica è strettamente legato all'interesse per una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile<sup>1354</sup>.

Si consideri, ad esempio, la pronuncia *BVerfGE* 73, 330 - *Finanzausgleich* - dove la transizione "da uno stato incostituzionale ad uno stato conforme a Costituzione"<sup>1355</sup> si è resa necessaria "per ragioni di certezza del diritto e di chiarezza giuridica"<sup>1356</sup>.

Inoltre, occorre considerare che il *topos* della certezza del diritto è legato anche al criterio "elastico" del benessere comune, spesso menzionato nella giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG*.

---

<sup>1351</sup> Si veda H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., 258.

<sup>1352</sup> Cfr. C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 331: „Das BVerfG hat die folgende Regel formuliert: ‚Ausnahmsweise sind verfassungswidrige Vorschriften aber voll oder teilweise weiter anzuwenden, wenn die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm es aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere aus solchen der Rechtssicherheit, notwendig macht, die verfassungswidrige Vorschrift als Regelung für die Übergangszeit bestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige‘. Die Autoren erwähnen BVerfG 37, 217 (262 f.)

<sup>1353</sup> *BVerfGE* 61, 319 (365).

<sup>1354</sup> *BVerfGE* 111, 191 (192).

<sup>1355</sup> *BVerfGE* 72, 330 (422).

<sup>1356</sup> *BVerfGE* 72, 330 (422).

A titolo di esempio, si può citare la pronuncia *BVerfGE* 61, 319 in tema di separazione dei coniugi: “Nel caso di specie è necessario, in via eccezionale e nell'interesse della certezza del diritto, consentire il proseguimento dell'applicazione delle disposizioni dichiarate incompatibili fino all'entrata in vigore di una disciplina costituzionalmente conforme, al più tardi fino al 31 dicembre 1984. Il legislatore deve avere tempo sufficiente per la riforma, che richiede un lavoro preparatorio ampio e lungo (cfr. *BVerfGE* 39, 169 [194]). Per il periodo transitorio, tuttavia, occorre evitare che si crei un vuoto giuridico e che i contribuenti interessati e le autorità siano incerti sulla situazione giuridica (cfr. *BVerfGE* 37, 217 [261]). L'ulteriore applicazione delle norme contestate richieste per questi motivi può, tuttavia, nel caso di persone sole con figli, avvenire solo a titolo di accertamento fiscale provvisorio (§ 165 AO), in modo che i contribuenti non siano successivamente privati della forza giuridica delle decisioni amministrative o giudiziarie. Se entro il 31 dicembre 1984 non è entrata in vigore alcuna nuova regolamentazione, le disposizioni incompatibili con la legge fondamentale non possono più essere applicate alla tassazione delle famiglie monoparentali. Anche in questo caso, il legislatore è obbligato a creare una regolamentazione costituzionalmente conforme per il periodo successivo all'entrata in vigore delle norme contestate (cfr. *BVerfGE* 55, 100 [110 ss.])<sup>1357</sup>”.

Ancora, un ulteriore esempio è rappresentato dalla sentenza sull'accREDITAMENTO dei programmi di studio.

In tale occasione il *BVerfG* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme sull'accREDITAMENTO dei corsi universitari (*Akkreditierung von Studiengängen*) derl Land Nordrhein-Westfalen poiché lesive dell'art. 5, comma terzo, alinea 1, della Legge fondamentale in combinato disposto con l'art. 20, comma terzo, del GG. Nel caso di specie, il bilanciamento operato dal *BVerfG* è stato effettuato rispetto al principio della libertà di scienza e al dovere del riconoscimento di corsi universitari da parte de legislatore. L'adozione della pronuncia di incompatibilità avrebbe di fatto bloccato l'insorgere di uno stato di insicurezza giuridica rispetto alle Università interessate e in particolar modo rispetto agli studenti, il quale sarebbe conseguito all'adozione di una sentenza di nullità.

In ultima analisi, il principio della certezza del diritto può essere una manifestazione del principio dello Stato di diritto<sup>1358</sup>.

---

<sup>1357</sup> *BVerfGE* 61, 319 (356-357).

<sup>1358</sup> Cfr. *BVerfGE* 119, 331 (383).

## 7.2.2. La tutela del benessere comune e le Unvereinbarkeitserklärungen integrate dalla Fortgeltungsanordnung

La tutela del bene giuridico del “Gemeinwohl”<sup>1359</sup> conosce una possibile forma di realizzazione mediante l'adozione di una declaratoria di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*.

Nella decisione *Kohlepfennig*, il *BVerfG* ha menzionato il benessere comune affermando che “tuttavia, il benessere comune richiede nel caso di specie una transizione graduale da una situazione giuridica incostituzionale a una situazione giuridica costituzionale. Di conseguenza, la Corte costituzionale federale adotta a una dichiarazione di incompatibilità e allo stesso tempo ordina l'ulteriore validità temporanea ai sensi del § 35 BVerfGG”<sup>1360</sup>.

In questo caso, l'ordine di mantenimento della validità della norma dichiarata incompatibile si basa sulla rinuncia alla dichiarazione di nullità e alla mera dichiarazione di incompatibilità, alla quale si aggiunge il riferimento, nella parte motiva della decisione, alla menzione del benessere comune, senza ulteriori giustificazioni particolari per questa strategia decisionale<sup>1361</sup>.

Il bene giuridico relativo al “benessere comune” svolge un ruolo importante soprattutto nel settore del diritto penale.

Come affermato da Dietz, la decisione sulla *nachträgliche Sicherungsverwahrung* (BVerfGE 109, 190) è anche un esempio dell'uso della *Fortgeltungsanordnung* alla luce della garanzia dell'interesse pubblico<sup>1362</sup>. Il *BVerfG* ha infatti dichiarato: “L'interesse superiore del benessere comune una protezione efficace contro alcuni reati altamente pericolosi può, in casi eccezionali, prevalere sull'interesse alla libertà delle persone [...] Tuttavia, il diritto fondamentale alla libertà richiede una limitazione che sia di breve durata nel periodo transitorio. Se il legislatore federale non adotta entro breve una disciplina che legittima l'ulteriore detenzione degli autori del reato, l'ordinanza della Corte costituzionale federale non può più costituire una base sufficiente per la privazione della libertà personale. In considerazione del fatto che i ricorrenti sono in custodia dello Stato sulla base di una norma penale incostituzionale, questo periodo deve essere limitato

---

<sup>1359</sup> Con riferimento alla giurisprudenza temporalmente manipolativa del *BVerfG* la dottrina ha fortemente criticato l'utilizzo del benessere comune con riferimento alla materia penale in ragione della conseguente compressione dei diritti individuali dei singoli. Si veda sul punto K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, in NVwZ, 2004, 695.

<sup>1360</sup> BVerfGE 91, 186 (207).

<sup>1361</sup> BVerfGE 198, 190 (235-236): Das Fehlen einer Gesetzgebungskompetenz der Länder führt nicht zur Nichtigkeit der beanstandeten Gesetze. Sie sind vielmehr unvereinbar mit dem Grundgesetz [...] Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist (vgl. BVerfGE 33, 1 [13]; 33, 303 [347 f.]; 40, 276 [283]; 41, 251 [266 ff.]; 51, 268 [290 ff.]). Dies ist hier der Fall”.

<sup>1362</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 70; si veda anche S. BRAUM, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?* in ZRP 2004, Heft 4, 105 ss.

a quanto è assolutamente necessario”<sup>1363</sup>. La rilevante dottrina di Graßhof sembra concordare con la minoranza del Senato nella presente decisione: “difficilmente l’ordine dell’ulteriore applicabilità della norma dichiarata incompatibile di ulteriore applicabilità, giustificato alla luce della necessità di evitare una situazione ancora più incostituzionale, è altamente persuasivo”<sup>1364</sup>. Così il (notevole) dissenso dei giudici Broß, Osterloh e Gerhardt: “La maggioranza del Senato non può essere seguita. Una dichiarazione di incompatibilità, combinata con l’ordine del mantenimento temporaneo della validità di una disciplina incostituzionale, non può essere presa in considerazione in casi analoghi a quello di specie [...] le conseguenze giuridiche dell’incostituzionalità di una legge devono seguire tutte le norme comuni e vincolanti. La competenza della Corte costituzionale federale in materia deve essere particolarmente chiara e prevedibile [...] aspetti essenziali dello Stato di diritto rimangono ignorati [...] Le ragioni costituzionali per il mantenimento della validità delle norme incostituzionali non sono evidenti [...] è indubbio che i Länder dispongono di strumenti adeguati per prevenire efficacemente i rischi, anche in casi individuali particolarmente problematici, se necessario anche con un aumento delle spese di personale”<sup>1365</sup>.

La *ratio* della *Fortgeltungsanordnung* non ha convinto nemmeno la dottrina: la violazione del diritto fondamentale alla libertà dei denunciati è, infatti, rilevante<sup>1366</sup>.

Tuttavia, secondo il *BVerfG*, il bene giuridico relativo al benessere comune necessita di tutela, tanto è vero che diviene oggetto di bilanciamento non solo la tecnica decisionale da scegliere, ma anche la validità o meno della norma dichiarata incompatibile.

### 7.3. Il *BVerfG* e il diritto penale

Come già visto, le sentenze di incompatibilità vengono adottate anche nella materia penale<sup>1367</sup>.

Il legame esistente tra le *Unvereinbarkeitserklärungen* e il diritto penale svolge un ruolo importante ai fini di una possibile riflessione sull’ottimizzazione della garanzia dei diritti fondamentali e, allo stesso tempo, sulla tutela della discrezionalità del legislatore ai sensi dell’art. 103 della Legge fondamentale<sup>1368</sup>.

---

<sup>1363</sup> *BVerfGE* 109, 190 (39).

<sup>1364</sup> K. GRAßHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2015, Rn. 50.

<sup>1365</sup> *BVerfGE* 109, 190 (249).

<sup>1366</sup> Critica è la tesi di K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, cit., 693.

<sup>1367</sup> Si veda la decisione *Strafgefangenen Urteil* - *BVerfGE* 33,1. *Amplius* M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 130.

<sup>1368</sup> Cfr. art. 103 II “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”. Similmente a quanto previsto nell’art. 25 II Cost., la disposizione costituzionale in questione sancisce: “un reato è punibile solo se la pena della medesima sia stata stabilita per legge prima della commissione



Come ampiamente noto, il diritto penale è “rigorosamente determinato dalla legge sulla base dei principi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali”<sup>1369</sup>.

Ciononostante alla luce della tutela del benessere comune il *BVerfG* ha ordinato l'applicazione di discipline di natura provvisoria, facendo così discutere la dottrina sull'eventuale patologia intercorrente tra un Tribunale costituzionale “eccessivamente” interventista e un legislatore - seppur provvisoriamente - svestito della propria funzione, dal momento che esse potrebbero anche non corrispondere al principio della riserva di legge e al principio *nulla poena sine lege*<sup>1370</sup>.

Infatti le disposizioni transitorie della Corte costituzionale federale non possono che essere qualificate come diritto dei giudici<sup>1371</sup>, e quindi non passibili di soddisfare il requisito della riserva di legge.

Con riferimento, più nello specifico, all'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, la dottrina ha ritenuto di affermare come esso fosse idoneo, ad esempio, a “legittimare la validità della misura custodia cautelare”<sup>1372</sup>, senza quindi porre in evidenza l'esistenza di nodi problematici sottesi alla validità “ultrattiva” di norme penali.

---

del fatto”. Si veda la decisione BVerfGE 109, 190 (252-253): “Der Richter darf gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG die Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes beschränken, das die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung im Gesetzestext hinreichend bestimmt regelt (vgl. BVerfGE 96, 68 [97]). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG bereits enthaltenen Gesetzesvorbehalt für eine Freiheitsbeschränkung wieder auf und verstärkt ihn durch das Erfordernis eines "förmlichen" Gesetzes und durch die Forderung nach Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen (vgl. BVerfGE 10, 302 [323]; 14, 174 [186 f.]; 29, 183 [195]; 58, 208 [220]; 78, 374 [383]; 105, 239 [247]). Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 [322]; 58, 208 [220]). Jede Freiheitsbeschränkung bedarf daher einer (wirksamen) materiell-gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 2, 118 [119]; 29, 183 [195]). Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, für den Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eine demokratisch legitimierte, vom Parlamentswillen getragene Rechtsgrundlage zu schaffen und darüber hinaus vor dem Hintergrund der Staatspraxis der Weimarer Zeit und des schleichenden Übergangs in die Diktatur (vgl. hierzu: Der Parlamentarische Rat 1948 bis 1949, Akten und Protokolle, Band 5/I, S. 78) sicherzustellen, dass sich das Parlament seiner ausschließlichen Verantwortung für die Normsetzung nicht begibt (vgl. Hantel, Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 GG, JuS 1990, S. 865 [867]). Der Verschärfung des schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalts durch Art. 104 Abs. 1 GG, der noch unterstützt wird durch die Formalgarantien in Art. 104 Abs. 2 GG, ist ferner zu entnehmen, dass es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt (vgl. BVerfGE 29, 183 [195 f.]). Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln. Aus diesem Grunde scheidet auch Gewohnheitsrecht als "gesetzliche Grundlage" aus. Um nichts anderes handelt es sich jedoch bei der auf richterlicher Rechtsfortbildung (so mit Recht Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, S. 207 [216]) beruhenden Weitergeltungsanordnung. Gleiches gilt auch für die analoge Heranziehung von Normen. Nur der Gesetzgeber soll nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG darüber entscheiden, in welchen Fällen Freiheitsentziehungen zulässig sein sollen (vgl. BVerfGE 29, 183 [196]). Mit dieser Zielsetzung des Art. 104 Abs. 1 GG ist eine auch nur befristete Weitergeltungsanordnung durch das Bundesverfassungsgericht wohl prinzipiell unvereinbar. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG steht einem Rechtsanwendungsbefehl des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls dann zwingend entgegen, wenn -- wie hier -- der nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes allein zuständige Bundesgesetzgeber abschließend tätig geworden ist. Hier erlaubt Art. 104 Abs. 1 GG keine Freiheitsentziehung auf der Grundlage eines kompetenzwidrig erlassenen Landesgesetzes, das das Bundesverfassungsgericht nach Maßgabe einer -- wie dargestellt -- kaum konturierbaren Abwägung für weiter anwendbar erklärt hat”.

<sup>1369</sup> H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2019, Rn. 218 a.

<sup>1370</sup> Cfr. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 168.

<sup>1371</sup> Così S. KREUTZBERGER *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 188.

<sup>1372</sup> H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2019, Rn. 227.

Tanto chiarito, la criticità di fondo riguarda il ruolo del *BVerfG* nella forma di governo.

Occorre chiedersi, infatti, se il *BVerfG* sia un organo costituzionale di controllo o un organo legislativo. Secondo parte della la dottrina, in un settore come quello del diritto penale, “e’ stato sufficiente - a ragione- adottare la *Unvereinbarkeitserklärung* e la *Weitergeltungsanordnung* per legittimare ulteriormente la privazione della libertà personale, forse una tra le violazioni più gravose [...]”<sup>1373</sup>.

Un caso interessante è rappresentato da una decisione che è stata qualificata nel senso di una pronuncia perfettamente parallela alla *Sportwetten-Urteil*<sup>1374</sup>, in cui il Tribunale costituzionale federale svolge una chiara esplicazione del senso “costituzionalmente orientato” dell’ulteriore applicabilità della disposizione incompatibile nel diritto penale.

La pronuncia in questione ha suscitato ampie critiche, tanto è vero che in seguito all’adozione della stessa la dottrina ha affermato che “lo Stato di diritto ha subito qualche graffio”<sup>1375</sup>.

Nella decisione *BVerfGE* 109, 190 - *Nachträgliche Sicherungsverwahrung* - il *BVerfG* si è limitato ad una semplice dichiarazione di incompatibilità delle disposizioni interessate ai sensi del § 31 II alinea 3 del *BVerfGG*, ordinando il mantenimento della validità delle stesse fino al 30 settembre 2004<sup>1376</sup>.

Il bilanciamento effettuato dal *BVerfG* è stato così argomentato: “nel caso di adozione di una sentenza di nullità, sarebbe inevitabile la liberazione di tutti coloro i quali siano sottoposti a misura privativa della libertà personale. Ciò significherebbe il rilascio in libertà di persone per le quali, sulla base del parere di due esperti, è stato specificamente e individualmente stabilito che esse rappresentano un grave rischio per la vita, l'integrità fisica, la libertà o l'autodeterminazione sessuale degli altri soggetti. [...] il dovere dello Stato di proteggere i cittadini da tali rischi si concretizza e si individualizza anche al di là dell'obbligo generale dello Stato di combattere la criminalità, che è ampiamente lasciato discrezionalità della politica per natura e intensità”<sup>1377</sup>.

---

<sup>1373</sup> Così H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 923.

<sup>1374</sup> Ancora H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 923.

<sup>1375</sup> Così (criticamente) J. KINZIG, *An den Grenze des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, in NJW, 2004, 914.

<sup>1376</sup> Si veda H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2019, Rn. 218 a. Per un commento alla pronuncia si veda F. DÜNKEL, *Sicherungsverwahrung (erneut) auf dem Prüfstand*, Neue Kriminalpolitik, 2004.

<sup>1377</sup> *BVerfGE* 109, 190 (238) “Im Falle der Nichtigerklärung wäre die Entlassung aller auf der Grundlage der für nichtig erklärten Normen Untergebrachten unausweichlich. Damit müssten Personen in die Freiheit entlassen werden, für die auf der Grundlage von Gutachten zweier Sachverständiger konkret und individuell gerichtlich festgestellt ist, dass von ihnen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht. Angesichts der mit den gerichtlichen Unterbringungsentscheidungen erfolgten Konkretisierung und Individualisierung der festgestellten Gefahren anhand bestimmter Einzelfälle ist auch die Pflicht des Staates, die Bürger vor derartigen Gefahren zu schützen, über die allgemeine, nach Art und Intensität weitgehend in das politische Ermessen gestellte staatliche Verpflichtung zur Kriminalitätsbekämpfung hinaus konkretisiert und individualisiert”.

Secondo la dottrina, “non c’è dubbio che la questione, che riguarda la necessità di come trovare un giusto equilibrio tra gli interessi o addirittura il diritto alla protezione della popolazione e il diritto dei trasgressori a non essere ingiustamente incriminati per reati non commessi, è altamente problematica”<sup>1378</sup>.

Ciò che è importante sottolineare è che, in ragione del problematico bilanciamento ad essa sotteso, la *Fortgeltungsanordnung* in discorso costituisce una rilevante “novità” nel panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca<sup>1379</sup>, la quale avrebbe di fatto sancito un rilevante peggioramento dello *status* del *BVerfG*, perché la privazione della libertà “[...] alla luce di un puro pragmatismo” avrebbe condizionato la legittimazione dello stesso Tribunale costituzionale<sup>1380</sup>.

Ancora, nella sentenza (4 maggio 2011)<sup>1381</sup>, la Corte costituzionale federale è stata chiamata a giudicare su una questione di legittimità costituzionale della proroga retroattiva della *Sicherungsverwahrung* oltre il limite decennale previsto dal diritto in vigore al momento della condanna e della custodia di sicurezza postuma<sup>1382</sup>.

Nel caso di specie, il *BVerfG* ha adottato una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* perché la dichiarazione di nullità avrebbe causato un vuoto giuridico.

Più precisamente, l’adozione di una sentenza di nullità avrebbe determinato l’inesistenza di una base giuridica per la custodia di sicurezza e avrebbe alterato il sistema del doppio binario: tutti gli internati sarebbero stati scarcerati, il che avrebbe comportato problemi difficilmente risolvibili per i tribunali, l’amministrazione e la polizia”<sup>1383</sup>.

Non solo, nel caso in esame il *BVerfG* ha adottato una pronuncia integrata da una norma transitoria: in considerazione della violazione - incostituzionale - dei diritti fondamentali connessi alla custodia cautelare, il Tribunale costituzionale ha ritenuto necessario adottare una norma transitoria fino all’entrata in vigore di nuova norma di legge al fine di garantire il rispetto di requisiti costituzionali minimi, dichiarando “per quanto riguarda le disposizioni incompatibili con il requisito della tutela del legittimo affidamento (III.), a tal fine si deve fare riferimento alla legge sul collocamento terapeutico, entrata in vigore il 1° gennaio 2011”<sup>1384</sup>.

---

<sup>1378</sup> Cfr. J. KINZIG, *An den Grenze des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, cit., 915.

<sup>1379</sup> Così K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, cit., 695.

<sup>1380</sup> Ancora K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, cit., 695.

<sup>1381</sup> Si veda S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell’ordinamento penale tedesco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011, 22-23.

<sup>1382</sup> Per un commento molto critico della decisione si veda M. STEINBEIS, *Sicherungsverwahrung: Abschied von der Normenpyramide*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 2011.

<sup>1383</sup> Rn. 169.

<sup>1384</sup> Rn. 171.

Sorprendentemente, vista forse anche la delicatissima materia trattata, il *BVerfG* menziona l'art. 35 *BVerfGG* per dotare di un fondamento giuridico (e di diritto positivo) la disposizione transitoria.

In occasione della più recente sentenza del 20 aprile 2016<sup>1385</sup>, mediante la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata “*Bundeskriminalamtgesetz* – BKAG”, recante le norme che regolano i compiti e l'attività della forza di polizia federale (*Bundeskriminalamt* – BK) e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi, il *BVerfG* ha dichiarato l'incompatibilità con la Legge fondamentale della disciplina dei relativi poteri investigativi, in quanto lesiva del principio di proporzionalità, “alla cui stregua va compiuto il bilanciamento tra poteri pubblici e prerogative individuali”.

Le disposizioni che sono state dichiarate incostituzionali non sono state annullate dal *BVerfG*, il quale ha statuito invece che tali norme fossero applicabili fino al 30 giugno 2018.

Quanto al “mandato di riforma”, è stato dichiarato che “è compito del legislatore trovare un equilibrio tra il dovere dello Stato di proteggere la popolazione da gravi minacce, come quella terroristica, prevenendo i reati, e la garanzia dei diritti fondamentali della persona all'inviolabilità del domicilio, alla segretezza delle comunicazioni, alla riservatezza ed all'integrità dei sistemi informatici”.

#### 7.4. Il topos della pianificazione finanziaria e di bilancio

Di regola, il *BVerfG* non adotta sentenze di nullità nell'ambito del diritto tributario<sup>1386</sup>.

Secondo costante giurisprudenza del *BVerfG*, infatti, “in questo settore materiale la Corte costituzionale federale ha ripetutamente dichiarato l'applicabilità delle norme incompatibili giustificate nell'interesse di una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile e di un'esecuzione amministrativa uniforme [...]”.

---

<sup>1385</sup> *BVerfG*, I Senato, 20 aprile 2016 - 1 BVR 966/09. A commento della decisione si veda M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *www.rivistaaic*, 2016, 23.

<sup>1386</sup> Si veda P. KIRCHHOF, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetze*, in *DStR*, 2015, 717, 721. Esistono tuttavia eccezioni: in questo senso si veda F. WOLLENSCHLÄGER, Art. 3, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018, Rn. 324.

Rn. 324, *BVerfGE* 132, 179, (193). *Contra* C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 29. Contro tale prassi si veda: M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 185. Nach seiner Meinung nach “Verfassungswidrige Steuergesetze sind grundsätzlich nichtig zu erklären. Die Nichtigkeitserklärung wirkt ex tunc und ipso iure. Siehe auch R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, cit., 75, il quale fa riferimento alla pronuncia *BVerfGE* 6, 55.

Con riferimento alle norme rilevanti dal punto di vista tributario o economico, se da un lato la *Nichtigkeitserklärung* potrebbe determinare conseguenze imprevedibili, dall'altro, la dichiarazione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* rappresenta un “mezzo collaudato” “per evitare che si formi una situazione di ancora maggiore incostituzionalità”<sup>1387</sup>.

La *Weitergeltungsanordnung* costituisce una “base giuridica sufficiente per esigere dai cittadini il pagamento dei tributi”<sup>1388</sup>: allo stesso tempo, costituisce un possibile strumento per evitare l'insorgere di una situazione di incertezza giuridica<sup>1389</sup>, in quanto le entrate fiscali statali o dei Länder potrebbero andare perse<sup>1390</sup>.

Per questa ragione nell'ambito del diritto tributario e dei diritti sociali- in alcuni casi - non risulta necessario un rimedio di natura retroattiva<sup>1391</sup>.

In una famosa decisione sull'imposta di successione - *Erbschaftsteuer* - (*BVerfGE* 138, 136), è stata ordinata l'ulteriore applicabilità della norma incompatibile; al contempo, il legislatore avrebbe dovuto ottemperare all'obbligo di riforma della norma incompatibile solamente fino ad un termine preciso indicato dallo stesso *BVerfG*.

Nella decisione *BVerfG* 138, 136 (250) il Tribunale costituzionale federale ha infatti affermato che “l'inapplicabilità delle disposizioni risultanti da tale dichiarazione, combinata con l'obbligo del legislatore di modificare retroattivamente le disposizioni - fino al momento dell'adozione della decisione- comporterebbe notevoli incertezze di bilancio e gravi problemi di natura tecnico-amministrativa nell'inversione necessaria all'epoca”. In particolare ha affermato il *BVerfG* che “in assenza di una disciplina valida (anche se incostituzionale, n.d.r), anche il gettito dell'imposta di successione e di donazione rimarrebbe poco chiaro quanto al fondamento e alla portata durante il periodo transitorio fino al futuro intervento del legislatore”.

E ancora<sup>1392</sup>: “per quanto precede, il Senato ordina di mantenere la validità delle disposizioni contrarie al principio di uguaglianza fino alla *Neuregelung*. Il mantenimento della validità delle disposizioni contestate è tollerabile anche perché il legislatore ha in larga misura colmato una

---

<sup>1387</sup>H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 218 a. Peraltro vi è il rischio di violare l'articolo 110 II della Legge fondamentale.

<sup>1388</sup> H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 227.

<sup>1389</sup> *BVerfGE* 71, 330; *BVerfGE* 87, 153; *BVerfGE* 86, 148.

<sup>1390</sup> B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, cit., 250. Secondo Bethge “Haushaltsgesetzen selbst die Unvereinbarerklärung mit Fortgeltungsanordnung ein probates Mittel, um verfassungsentfernere Zustände zu vermeiden”. Così H. BETHGE, § 31, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2019, Rn. 218, 113.

<sup>1391</sup> S.H. BETHGE/MSBKB, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, § 31, Rn. 217. Secondo Schwindt non sarebbe legittimato il *BVerfG* ad adottare ordini di applicazione della norma incompatibile in ragione dell'esigenza di salvaguardare la certezza del diritto. Così M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 186.

<sup>1392</sup> *BVerfGE* 138, 136 (251 f.).

delle principali lacune per i regimi fiscali indesiderati delle "Cash-Gesellschaften" [...] Inoltre, si deve tener conto del fatto che l'ordine di mantenere per un periodo di tempo provvisorio la validità delle disposizioni incostituzionali non aderisce ad alcuna tutela del legittimo affidamento rispetto ad una nuova disposizione retroattiva [...]. Infine, in via del tutto eccezionale, il *BVerfG* ha adottato una sentenza di nullità in materia di diritto tributario (decisione del secondo senato del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 1/09).

In tale pronuncia, il *BVerfG* ha dichiarato l'articolo 54, paragrafo 9, frase 1, del *Körperschaftsteuergesetz* del 1999 incompatibile e nullo con gli articoli 20 II, 38, I seconda frase, 42, I, prima frase, e 76 I della legge fondamentale.

Così il *BVerfG*: “[...] Lo scostamento dalla conseguenza della nullità viene preso in considerazione soprattutto se la determinazione della nullità di una disposizione si tradurrebbe in una situazione ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto alla situazione precedente (cfr. *BVerfGE* 37, 217 <261>; 61, 319 <356>; 87, 153 <177 f.>; 111, 191 <224>; 132, 372 <394>). Nell'interesse di una pianificazione finanziaria e di bilancio affidabile e di un'esecuzione amministrativa uniforme, la Corte costituzionale federale si è astenuta dal dichiarare nulli gli *standard* di rilevanza di bilancio per periodi di valutazione ampiamente completati e ha dichiarato giustificata l'applicazione continuativa di standard incostituzionali (cfr. *BVerfGE* 2, 294>). *BVerfGE* 87, 153 <178 f.>; 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 111, 191 <224 f.>; 117, 1 <69 f.>; 125, 104 <136>”. Alla luce di ciò, non vi sono motivi imperativi o addirittura preponderanti per discostarsi dalla norma di legge di cui all'art. 78 comma 1 *BVerfGG* e per astenersi dal dichiarare l'invalidità della disciplina incostituzionale<sup>1393</sup>. Peraltro, il 10 aprile 2018 è stata pubblicata la tanto attesa sentenza costituzionale, cui si rinvia al par. 9 in ragione della sua rilevanza rispetto al presente capitolo.

#### 7.5. Le Unvereinbarkeitserklärungen *dinnanzi all'omissione legislativa*.

Con riferimento all'omissione del legislatore non si intende la diretta conseguenza cui si riallaccia la violazione del principio di uguaglianza, bensì “l'inerzia assoluta o parziale del legislatore in relazione alla regolamentazione di una determinata materia”, e in particolare<sup>1394</sup>, “[...] nonostante il dovere assoluto di agire”<sup>1395</sup>.

<sup>1393</sup> *BVerfG*, decisione del secondo senato del 15. gennaio 2019 - 2 BvL 1/09 -, Rn. (1-85).

<sup>1394</sup> Cfr. R. HÄUBLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, cit., 26.

<sup>1395</sup> P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen, Nomos Gesellschaft*, cit., 56 nota 164 e F. JÜLICHER, *Verfassungsbeschwerde gegen Urteile gesetzgeberischen Unterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot, 12. *Contra* S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 149.



In realtà, la violazione del principio di uguaglianza non è mai formalmente una forma di omissione<sup>1396</sup>.

Il prerequisite per l'adozione di una declaratoria di incostituzionalità al fine di sanzionare un'omissione legislativa è che il legislatore non deve avere agito in alcun modo; il caso è diverso se il legislatore ha agito “ma non ha soddisfatto i requisiti costituzionali”<sup>1397</sup>.

Vi sono quindi difficoltà nell'adozione di una dichiarazione di nullità in materia di omissione legislativa<sup>1398</sup>, la quale sembra non potere essere presa in considerazione a causa della sua “effettiva impossibilità” tecnica<sup>1399</sup>.

Secondo Kreutzberger, l'adozione di sentenze di incompatibilità alla luce dell'omissione del legislatore costituisce un'eccezione, rilevandosi necessaria solo qualora possa “condurre ad una situazione giuridica conforme a Costituzione”<sup>1400</sup>; secondo la dottrina di Dietz ha scritto che la dichiarazione dell'incostituzionalità di un'omissione legislativa costituisce un *aliud* rispetto alle *Unvereinbarkeitserklärungen*<sup>1401</sup>.

Seer sostiene una tesi contraria, individuando l'omissione legislativa incostituzionale quale possibile *topos* applicativo delle sentenze di incompatibilità: ad esempio, per quanto riguarda la decisione sul livello minimo di sussistenza<sup>1402</sup>, il *BVerfG* in realtà non ha adottato una *Nichtigkeitserklärung*.

Nel caso di specie, l'omissione era dovuta al fatto che il legislatore non aveva adeguato “l'importo della detrazione fiscale prevista dalla Costituzione alla realtà”. Di conseguenza, “l'ordine di nullità [...] avrebbe creato una situazione che sarebbe stata ancora più lontana dall'ordine costituzionale rispetto all'attuale regolamentazione incostituzionale”.

Infine, anche Söhn considera le sentenze di incompatibilità come una tecnica decisionale adottabile al fine di sanzionare l'omissione legislativa di natura incostituzionale.

---

<sup>1396</sup> Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 91.

<sup>1397</sup> P. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, cit., 189; so BVerfGE 36, 146 ff. Si veda anche come esempio BVerfGE 44, 249.

<sup>1398</sup> Si veda tuttavia la decisione BVerfGE 7, 377.

<sup>1399</sup> Così KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 150; siehe in der Rechtsprechung BVerfGE 18, 288 (301).

<sup>1400</sup> Così S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 167.

<sup>1401</sup> Si veda M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 103.

<sup>1402</sup> Decisione del 25 settembre 1992 - 2 BvL.

## 7.6. Un criterio di natura residuale: la sfera discrezionale del legislatore

Secondo Schlaich e Koriath, la discrezionalità del legislatore non può costituire un *topos* applicativo autonomo delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, considerato, peraltro, che la sentenza di incompatibilità “protegge” la sfera discrezionale del legislatore meno di quanto “suggerisca”<sup>1403</sup> la consueta descrizione del suo ambito di applicazione da parte dello stesso *BVerfG* (ovvero l’esistenza di varie possibilità di eliminare la violazione costituzionale).<sup>1403</sup>

Se *a contrario*, infatti, l’adozione di una sentenza di nullità non implica il mancato rispetto della sfera discrezionale dell’organo titolare del potere legislativo, in quanto il legislatore può ripristinare la legalità violata scegliendo tra più opzioni legislative, il criterio in questione non potrebbe porsi da un punto di vista dogmatico al centro della *ratio* delle sentenze di incompatibilità.

Tuttavia, nella sostanza, è pur vero che il cd. *Nachbesserungspflicht* promuove la discrezionalità del legislatore: il *BVerfG* non interviene sulla disposizione dichiarata incompatibile (ad eccezione di una *Unvereinbarkeitserklärung* integrata da una regolamentazione di natura transitoria), ma obbliga il legislatore ad intervenire secondo il proprio libero apprezzamento; secondo Kreutzberger, non vi è alcuna differenza “se il legislatore, ad esempio, realizza un’estensione della cerchia dei destinatari mediante una modifica alla norma dichiarata incompatibile oppure, in seguito all’adozione di una sentenza di nullità, attua tale estensione mediante l’approvazione di una nuova disciplina a fronte dell’annullamento della norma incostituzionale”.

Secondo l’autorevole dottrina di Ipsen, la sentenza di nullità può in realtà interferire con la libertà di progettazione legislativa sussistente in capo al legislatore solo in “circostanze molto speciali”.

Non è dello stesso avviso Folke Schuppert, il quale riferisce della discrezionalità legislativa (senza menzionare la violazione del principio di uguaglianza) quale criterio autonomo ai fini dell’individuazione di un fondamento delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, affermando che “il rispetto del margine di manovra del legislatore ha svolto un ruolo importante anche per la Corte costituzionale federale [...]”.

Con riferimento, invece, alla dottrina italiana, si consideri quanto efficacemente messo in luce da Cerrina Feroni: “viene da chiedersi se anche per la Germania - analogamente a quanto va affermando la dottrina italiana - abbia ancora senso continuare a discorrere teoricamente di rispetto delle prerogative del legislatore, laddove si consideri la portata sempre più pervasiva dei

---

<sup>1403</sup> K. GRABHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2015, Rn. 76.

parametri di controllo delle scelte legislative, in particolare quello della ragionevolezza, che mette in dubbio la stessa permanenza di settori immuni dal controllo del giudice costituzionale”<sup>1404</sup>.

Occorre tuttavia rilevare che la sfera discrezionale del legislatore non è garantita in termini assoluti dal *BVerfG*. Secondo Söhn, infatti [...] “la sfera discrezionale del legislatore deve intendersi quale principio costituzionale sostanziale. Se entra in conflitto con altre norme costituzionali sostanziali, può essere oggetto di bilanciamento tra valori costituzionali”: a tale considerazione corrisponde una forma di relativizzazione della violazione costituzionale, in base alla quale il *BVerfG* può gestire gli effetti delle proprie decisioni.

Pertanto, l’opera di bilanciamento effettuata al fine di ottimizzare la scelta della tipologia decisionale sembra costituire un tratto fondamentale della giurisprudenza del *BVerfG*.

#### 8. Le conseguenze delle dichiarazioni di incompatibilità: una panoramica generale

Gli effetti conseguenti alla *Unvereinbarkeitserklärung* non conoscono una “linea chiara”<sup>1405</sup>.

Secondo Hein, tuttavia, il *BVerfG* ha “creato una regolamentazione completa quanto alle conseguenze giuridiche proprie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*”, anche se talvolta non è agevole comprendere quali conseguenze siano state previste dallo stesso *BVerfG*<sup>1406</sup>.

Come si è già avuto modo di scrivere, la sentenza di incompatibilità rappresenta “un *aliud* rispetto alla dichiarazione di invalidità”<sup>1407</sup>: la norma incompatibile continua ad esistere nell’ordinamento giuridico<sup>1408</sup>, quella incostituzionale diviene, invece, oggetto di espunzione dall’ordinamento giuridico.

Pertanto, la principale conseguenza giuridica che interessa tutte le varianti decisionali delle *Unvereinbarkeitserklärungen* consiste nell’“l’obbligo da parte del legislatore di modificare la disciplina non conforme a Costituzione”<sup>1409</sup>, deducibile dall’art. 20 III della Legge Fondamentale.

Quanto al rapporto con i giudici, in seguito all’adozione di una decisione di incompatibilità essi sono chiamati, ai sensi dell’art. 31 I e dell’art. 31 II del *BVerfGG*, a non fare applicazione della norma dichiarata incompatibile, con ciò determinando la sospensione del processo *a quo* e dei processi in cui rileva la norma sottoposta al giudizio del Tribunale costituzionale federale.

---

<sup>1404</sup> Si veda G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 387.

<sup>1405</sup> In questo senso C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, 192. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 132.

<sup>1406</sup> Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 104.

<sup>1407</sup> Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 173.

<sup>1408</sup> Sulla base del postulato relativo alla conservazione delle norme. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 257.

<sup>1409</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 213.

Anche le decisioni di incompatibilità “orientate all’applicazione”, cioè a dire quelle integrate dalla *Fortgeltungsanordnung*, sono dotate della forza di legge, soprattutto in ragione della considerazione per cui il dogma della nullità regredisce al fine di garantire - sulla base di esigenze costituzionali - l’applicazione della norma dichiarata incompatibile<sup>1410</sup>.

Nel caso in cui venga adottata una decisione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, se quest’ultima ha natura definitiva, allora l’obbligo di riforma del legislatore avrà efficacia solamente per il futuro; nel caso in cui invece la *Fortgeltungsanordnung* abbia, invece, natura transitoria o provvisoria, allora il legislatore è tenuto a “tenere in considerazione anche il periodo di natura transitoria”<sup>1411</sup>.

#### 8.1. Le conseguenze derivanti dall’obbligo di riforma della disciplina incompatible: la c.d.

##### Nachbesserungspflicht

Come è stato appena chiarito, rispetto alla prassi temporalmente manipolativa il *BVerfG* prende le mosse dall’assunto secondo il quale il legislatore è tenuto a regolare *ex novo* la disciplina dichiarata incompatibile<sup>1412</sup>.

A tal proposito è interessante riportare quanto segnalato dalla dottrina italiana, secondo la quale “dalla priorità e normatività della legge Fondamentale consegue l’attualità della *Nachbesserungspflicht* del legislatore”<sup>1413</sup>.

Infatti, quando il *BVerfG* rinuncia all’adozione di una sentenza di nullità, ai sensi dell’art. 20 III della Legge fondamentale nasce in capo al legislatore l’obbligo di riforma<sup>1414</sup>, il quale è tenuto a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale almeno fino al momento corrispondente all’adozione della pronuncia stessa<sup>1415</sup>.

Tuttavia vi sono eccezioni a tale regola, atteso che il legislatore può essere obbligato a “ripulire” lo *status* incostituzionale mediante l’attuazione di una riforma dotata di un’efficacia “ancora più

---

<sup>1410</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit. 240.

<sup>1411</sup> Così *BVerfGE* 61, 319 (357). Si veda R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, cit. 219 ss.

<sup>1412</sup> P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 168; si veda anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 254.

<sup>1413</sup> G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 334.

<sup>1414</sup> Sul punto si veda P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 169: “Es verstehe sich von selbst und folge aus Art. 20 Abs. 3 GG, daß der Gesetzgeber sich um den alsbaldigen Erlaß eines ‘Reparaturgesetzes’ bemühen müsse, ohne allrdings verfassungsrechtlich an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden zu sein”. Sul punto si veda anche M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgericht*, cit., 32. Si veda anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 242.

<sup>1415</sup> Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 113; siehe auch M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 254.

retroattiva”, che vada quindi oltre il momento corrispondente all’adozione della stessa *Unvereinbarkeitserklärung*<sup>1416</sup>.

Il *BVerfG* ha inoltre previsto obblighi di riforma dotati solamente di un’efficacia *pro-futuro*, e ciò prevalentemente nei casi in cui vi sia la necessità di garantire una regolare pianificazione finanziaria e di bilancio<sup>1417</sup>.

La *Nachbesserungspflicht* può quindi avere solamente un effetto *pro-futuro*, e ciò, ad esempio, anche alla luce dell’irrelevanza di un’efficacia retroattiva dell’obbligo di riforma del legislatore.

Ne è un chiarissimo esempio la decisione “*Kleingärten*”, in cui il *BVerfG* ha dichiarato che un’efficacia retroattiva dell’obbligo di riforma “non potrebbe più portare alcun beneficio effettivo alle persone interessate [...] e determinerebbe una lesione sproporzionatamente grande di altri interessi meritevoli di protezione”<sup>1418</sup>.

Ciò detto, una volta adottata la *Unvereinbarkeitserklärung* il legislatore è obbligato ad eliminare la disposizione incostituzionale “il più presto possibile”, “immediatamente” o entro “la prossima legislatura”<sup>1419</sup>. A tal proposito, si consideri che “gli organi statali hanno sempre dato seguito al *BVerfG*”<sup>1420</sup>, attivandosi per tempo.

Autorevole dottrina ha affermato che il termine individuato dal *BVerfG* al fine di tracciare temporalmente l’intervento del legislatore non ha natura “rigida”, in quanto dopo la scadenza del c.d. *Frist*<sup>1421</sup> può attivarsi - sulla base del § 35 *BVerfGG* - la competenza d’urgenza del Tribunale costituzionale; inoltre, anche i giudici possono intervenire al fine di porre rimedio all’inottemperanza del legislatore decidendo conformemente a Costituzione<sup>1422</sup>.

Il Parlamento tedesco, in effetti, non è sempre intervenuto entro il termine richiesto dal *BVerfG*. Si consideri, ad esempio, la decisione *BVerfGE* 99, 300<sup>1423</sup> in tema di stipendio dei pubblici dipendenti (*Beamtenkinder*): in questo caso il *BVerfG* “ha chiesto due volte senza successo al legislatore di intervenire”, precisando che, nel caso in cui l’organo titolare del potere legislativo non fosse ancora intervenuto, sarebbe intervenuto d’ufficio, “provvedendo direttamente ad

---

<sup>1416</sup> *BVerfGE* 87, 114 (151). Si veda inoltre H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, cit., 257.

<sup>1417</sup> Il *BVerfG* ha anche fatto riferimento alla “nicht ausreichende Erklärung der bisherigen Verfassungsrechtslage”; così *BVerfGE* 125, 175.

<sup>1418</sup> „Das Ausmaß dieser Verpflichtung hängt jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, auf die der Gesetzgeber trifft. Für die Zeit vor der Neuregelung kann keine Abhilfe verlangt werden, wenn sie nach der tatsächlichen Lage praktisch nicht mehr durchführbar wäre oder den Betroffenen keinen tatsächlichen Nutzen mehr bringen könnte oder wenn sie nur unter unverhältnismäßig großer Beeinträchtigung anderer schutzwürdiger Belange möglich wäre“. Così *BVerfGE* 87, 114 (137).

<sup>1419</sup> Si veda, per esempio, la pronuncia *BVerfGE* 90, 263 (276).

<sup>1420</sup> Cfr. S. GUERRA-G. MÜHLHAUS, *Ist die geplante Rückwirkung des neuen Erbschaftsteuergesetzes auf den 1.7.2016 verfassungswidrig?* in *ErbStB*, 2016, 149.

<sup>1421</sup> Il *Frist* interessa ampiamente la letteratura italiana in seguito all’adozione dell’ordinanza Cappato, la quale, come è stato più volte sottolineato, si caratterizza per un termine previsto in capo al legislatore.

<sup>1422</sup> Si veda S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 228.

<sup>1423</sup> R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *JuS*, 2011, 965.

un'altra soluzione" che sarebbe stata stabilita dal Tribunale costituzionale federale nella forma di un'esecuzione d'ufficio<sup>1424</sup>.

Un altro caso interessante è rappresentato dalla sentenza adottata il 17 dicembre 2014 sulla *Erbschaftsteuer*<sup>1425</sup>, in occasione della quale il *BVerfG* aveva ordinato l'ulteriore applicabilità di alcune disposizioni dichiarate incompatibili relative all'imposta di successione e all'imposta sulle donazioni fino al 30 giugno 2016, termine entro il quale, appunto, l'organo titolare del potere legislativo non è intervenuto<sup>1426</sup>.

A tal proposito, il 9 febbraio 2015 il Giudice Eichberger aveva dichiarato ad un convegno tenutosi a Berlino (54. *Berliner Steuergespräch*) che "le parti della legge che sono state ritenute incostituzionali e che hanno condotto all'annullamento dell'intera legge potrebbero continuare ad essere applicate fino all'approvazione di una nuova disciplina legislativa<sup>1427</sup> anche oltre il 30 giugno 2016".

L'episodio appena descritto ha di fatto sorpreso la dottrina: si è addirittura ragionato della totale assenza di una dogmatica di riferimento e di una "lotteria" delle conseguenze giuridiche, la quale relega ai margini, in buona sostanza, la tutela del singolo<sup>1428</sup>.

Come stabilito in seguito alla scadenza del termine da parte del Tribunale costituzionale federale, le norme dichiarate incompatibili sono state oggetto di un ulteriore ordine di applicazione da parte dei giudici<sup>1429</sup>.

Il legislatore è infine intervenuto approvando una legge di riforma della tassa sull'eredità entrata in vigore il 4.11.2016.

Con riferimento all'eventuale inerzia da parte del legislatore è possibile registrare un ulteriore nodo problematico insito nelle decisioni di incompatibilità, e, in particolare, in quelle "pure". Infatti, per quanto riguarda il rapporto tra legislatore e giudice con riferimento al seguito delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, si consideri che nella sentenza "*Kündigungsfristen*" *BVerfGE* 82, 136, il *BVerfG* è intervenuto sulla sospensione dei processi giudiziari che consegue all'adozione della sentenza di incompatibilità, affermando che talvolta essa può divenire incostituzionale se prolungata eccessivamente nel tempo, e ciò in ragione del fatto che la Legge fondamentale

---

<sup>1424</sup> Cfr. M. T. RÖRIG, *Germania*, in Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, cit., 55.

<sup>1425</sup> Per una trattazione degli effetti della pronuncia in questione, con particolare riferimento all'inottemperanza del legislatore si veda Wissenschaftliche Dienste, *Folgen der Erbschaftsteuer-Entscheidung des BVerfG*, Deutscher Bundestag, 103/15.

<sup>1426</sup> In questo senso si veda il comunicato stampa del *BVerfG* datato 14.07.2016. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-041.html>.

<sup>1427</sup> Così il Giudice relatore: "[...] die für verfassungswidrig befundenen Teile des Gesetzes, die zur Gesamtinfizierung der gesetzlichen Regelung führten, bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber ggf. auch über den 30.6.2016 hinaus fortgelten könnten" Cfr. R. SEER, *Tritt das Erbschaft-und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug?* In *GmbHR* 2016, 674.

<sup>1428</sup> In questo senso, piuttosto critico, si veda R. SEER, *Tritt das Erbschaft-und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug?* In *GmbHR* 2016, 676.

<sup>1429</sup> Cfr. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-041.html>.



garantisce un'efficace protezione giuridica anche nelle controversie di natura civile (art. 20 III della Legge fondamentale; BVerfGE 74, 228 [234])<sup>1430</sup>. Una sospensione dei procedimenti giudiziari può quindi essere “costituzionalmente” tollerata solamente qualora essa sia limitata nel tempo<sup>1431</sup>; pertanto, i giudici sono chiamati a decidere sul caso specifico<sup>1432</sup>, con ciò determinando rilevanti episodi di frammentazione della tutela individuale dei singoli. Non solo, secondo il BVerfG “i tribunali stessi devono decidere se il legislatore non ha posto rimedio alla violazione costituzionale entro un termine ragionevole oppure è rimasto inattivo per un periodo di tempo imprevedibile”<sup>1433</sup>.

A proposito dell'intervento dei giudici in via “sussidiaria” dinnanzi all'inerzia legislativa, Söhn ha fatto riferimento ad un “circulus vitiosus”, atteso che ai giudici spetta, in casi simili, una competenza ad essi attribuita in via meramente emergenziale, la quale peraltro non soddisfa l'obbligo di riforma della disciplina incostituzionale spettante al solo legislatore.

In questi casi specifici, quindi, il cerchio non si chiude<sup>1434</sup>.

Non è un caso che la dottrina abbia fatto riferimento, nello specifico, all'esigenza di riformare la legge sul funzionamento del BVerfG al fine di ottimizzare l'esecuzione dell'obbligo di riforma da parte del legislatore<sup>1435</sup>, il quale ha - occorre evidenziarlo - natura obbligatoria.

In definitiva, l'intervento dei giudici volto a colmare lacune normative susseguenti al mancato intervento da parte del legislatore ha natura sussidiaria<sup>1436</sup>.

Un'altra soluzione (di natura estrema) volta a scongiurare che l'inottemperanza del legislatore dia luogo ad un'eccessiva compressione dei diritti dei singoli, consiste nell'assunzione da parte del Tribunale costituzionale federale del ruolo di “legislatore dell'emergenza”<sup>1437</sup>: di qui, l'individuazione di una disciplina transitoria applicabile (in via del tutto provvisoria) dai giudici.

---

<sup>1430</sup> Così il BVerfG: “Ein solcher Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen Rechtsschutz auch in bürgerlich- rechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234])”.

<sup>1431</sup> Sul punto si veda anche BVerfGE 82, 126 (155).

<sup>1432</sup> Si veda H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 248, e F. KIRCHHOF, *Die Verwaltungshaftung zwischen bund und Ländern*, in NVwZ 1994, s. 108.

<sup>1433</sup> Cfr. H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 248. Così anche M. SACHS, *Bloße Unvereinbarkeitserklärung bei Gleichheitsverstößen*, in NVwZ 1982, 659.

<sup>1434</sup> Si è quindi espresso piuttosto duramente H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 249.

<sup>1435</sup> Così suggerisce G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 358, anche alla luce della necessità di approntare una tutela maggiore nei confronti dei singoli.

<sup>1436</sup> H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 247.

<sup>1437</sup> La competenza in questione è stata ampiamente trattata da H. BETHGE, § 31 in (a cura di B. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019, Rn. 243. Ancora, sempre con riferimento agli stessi autori, si veda § 35 Rn. 69 d.

Il caso “classico” è quello dell’esclusione irragionevole di una determinata cerchia di soggetti da vantaggi o benefici di natura vitale<sup>1438</sup>, cui il legislatore, tuttavia, non riesce a porre rimedio entro un lasso di tempo congruo<sup>1439</sup>.

Tanto premesso, ampie perplessità vi sono rispetto all’adozione di una sentenza di nullità quale “sanzione” a fronte dell’inottemperanza del legislatore<sup>1440</sup>, poiché, se il *BVerfG* ha ritenuto di rinunciare all’adozione della *Nichtigkeitserklärung* in un primo momento, risulta allora poco congrua - stante il mancato cambiamento delle circostanze sulla base delle quali è stata adottata la stessa sentenza di nullità - la dichiarazione di nullità della norma inizialmente dichiarata incompatibile<sup>1441</sup>.

Ciononostante il *BVerfG* ha più volte dichiarato che in caso di inottemperanza entro il termine individuato, la legge perde la sua validità”<sup>1442</sup>.

Secondo Pohle, il futuro non può rimanere privo di regolamentazione giuridica: ebbene, tale assenza di disciplina sarebbe la conseguenza susseguente all’adozione della *Nichtigkeitserklärung* a fronte del mancato rispetto del termine da parte del legislatore<sup>1443</sup>; stando alla dottrina di Dietzt, una nuova riproposizione della questione di legittimità costituzionale sarebbe utile solamente qualora l’oggetto della questione di legittimità costituzionale andrebbe a coincidere con l’illegittimità costituzionale della sospensione del processo principale in quanto eccessivamente duratura nel tempo<sup>1444</sup>.

Infine, secondo la dottrina di Schlaich, “se il legislatore viola l’obbligo di agire immediatamente, può rendersi responsabile dei danni nei confronti delle singole persone interessate”<sup>1445</sup>: in questo senso, se è vero che il legislatore può rendersi inattivo, tuttavia meccanismi - più o meno efficaci - di sanzione rispetto all’inerzia del potere titolare del potere legislativo esistono.

## 8.2. Le conseguenze specifiche delle dichiarazioni di incompatibilità

Si è avuto modo di vedere che le conseguenze derivanti dall’adozione di tutte le possibili varianti delle sentenze di incompatibilità sono, in linea di massima, due: la sopravvivenza della norma

---

<sup>1438</sup> Traduzione dal tedesco “existenzfähig”.

<sup>1439</sup> Così l’autorevole dottrina di A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 164: si veda, *amplius*, anche P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 177.

<sup>1440</sup> *Rectius*: la sanzione della *Nichtigkeitserklärung* dovrebbe costituire, nei fatti, un’eccezione. Così A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 164.

<sup>1441</sup> Così A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 162.

<sup>1442</sup> Si consideri, ad esempio, 1 *BVerfGE* 130, 240 - Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz. H. BETHGE (in a cura di /MSBKB, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, § 31, Rn. 240. Si veda in questo senso anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 254.

<sup>1443</sup> Cfr. A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 162.

<sup>1444</sup> M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 254.

<sup>1445</sup> S. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 335.

incompatibile nell'ordinamento giuridico<sup>1446</sup> e la nascita di un obbligo di riforma in capo al legislatore.

Con riferimento, nello specifico, alla sentenza di incompatibilità pura, chiamata anche decisione di incompatibilità “orientata alla disapplicazione”, essa viene adottata nella maggior parte dei casi nell'ipotesi in cui si assista alla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 I, II e III).

La nozione di incompatibilità della norma coincide con l'inapplicabilità della stessa<sup>1447</sup>.

Così come nel caso della sentenza di nullità, anche quella di incompatibilità pura conduce al “blocco di applicazione” per le autorità amministrative e i giudici<sup>1448</sup>, il quale rappresenta la conseguenza *standard* della decisione di incompatibilità<sup>1449</sup>.

Secondo la giurisprudenza del *BVerfG* l'obbligo di sospensione del procedimento, che determina uno “stato di incertezza giuridica”<sup>1450</sup>, sussiste di fatto in capo al giudice a *quo*: l'obbligo in questione sarebbe stato “espressamente stabilito solo per il procedimento principale [...] ai sensi dell'articolo 100 I GG o dei ricorsi individuali (articolo 95 II GG)”<sup>1451</sup>.

Il blocco dell'applicazione della norma incompatibile deve tuttavia essere rispettato anche nei “casi paralleli”, cioè i casi in cui rileva la medesima questione costituzionale, e ciò alla luce dell'art. 31 II del *BVerfGG*<sup>1452</sup>.

La dimensione temporale degli effetti della sentenza di incompatibilità “pura” conosce un'efficacia di natura retroattiva: in altri termini, il legislatore è chiamato ad approvare una disciplina conforme a Costituzione dotata di efficacia retroattiva, con il solo limite dei rapporti non ancora esauriti in quanto decisi con sentenza passata in giudicato. Quanto appena segnalato trova ampio riscontro nella giurisprudenza costituzionale. Si consideri la decisione *BVerfGE* 37, 217 (262), in cui il *BVerfG* ha affermato che “la disposizione incostituzionale non è più valida dal 1° aprile 1953 [...] in quanto costituisce una violazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della Legge fondamentale. La nullità di una disposizione o la sua incompatibilità con la Costituzione ha per il passato gli stessi effetti che per il futuro (cfr. *BVerfGE* 1, 14 [37]; 8, 51 [71])”.

Nel caso di specie il *BVerfG* ha equiparato l'efficacia della decisione di incompatibilità all'efficacia della *Nichtigkeitserklärung*.

---

<sup>1446</sup> La differenza tra una dichiarazione di nullità e una dichiarazione di incompatibilità è la situazione in cui si trova la disposizione incostituzionale.

<sup>1447</sup> Così F. WOLLENSCHLÄGER, Art. 3, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018, Rn. 324 e R. HÄUBLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, cit., 157.

Sul punto, quanto alla giurisprudenza, si veda anche *BVerfGE* 87, 234 (262-263).

<sup>1448</sup> L. SIEMERS, M.C. WALDENS, D. INNA, *Hat der Vorlagebeschluss des BFH zur Verfassungsmäßigkeit des ErbStG Ankündigungseffekt? Rechtsfolgen des Beschlusses für die Gestaltungspraxis*, in BB, 2003, 612.

<sup>1449</sup> Così *BVerfGE* 87, 114, (136), come segnalato da J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 94. Si veda ad esempio *BVerfGE* 61, 329 (356), come segnalato ancora una volta da J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 94.

<sup>1450</sup> *BVerfGE* 87, 114 (136).

<sup>1451</sup> Cfr. H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung*, cit., 259.

<sup>1452</sup> Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 94.

Secondo Ipsen, l'effetto retroattivo delle dichiarazioni di incompatibilità può essere dedotto dall'art. 79 I del *BVerfGG*: il legislatore, nella configurazione della disposizione in questione, avrebbe preso le mosse dalle conseguenze tipiche della declaratoria di incostituzionalità<sup>1453</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, tuttavia, le decisioni di incompatibilità “pure” non retroagiscono fino al “punto di collisione” con la Costituzione<sup>1454</sup>. In questo senso, esse si avvicinerebbero (quanto al profilo temporale) alla variante decisionale delle decisioni di incompatibilità integrate dall'ordine della *weitere Anwendbarkeit* della norma dichiarata incompatibile<sup>1455</sup>.

Afferma, però, a tal proposito, Graßhof che “a differenza di quanto previsto per l'ordine della *weitere Anwendbarkeit*, non c'è da dubitare che nel caso della sentenza di incompatibilità pura il legislatore deve sempre coprire l'arco temporale successivo rispetto all'adozione della decisione”<sup>1456</sup>.

In generale non è stato ancora chiarito quando fino a quando (nella dimensione temporale) il legislatore sia chiamato a porre rimedio al vizio di legittimità costituzionale<sup>1457</sup>.

Ebbene, in linea di principio, ai sensi dell'art. 79 II del *BVerfGG* il legislatore dovrebbe intervenire con effetto retroattivo, quindi fino al “*Punkt der Kollision*”.

Tuttavia, la riforma delle disposizioni della legge sul funzionamento del *BVerfGG* sembra essersi mossa in senso favorevole alla diffusione delle sentenze di incompatibilità conformemente al superamento di tale rigido limite temporale.

Tanto chiarito, occorre evidenziare che il *BVerfG* non si è mai pronunciato sull'istituto (introdotto in via pretoria) della sospensione del processo principale e di quelli “paralleli”, ordinando tuttavia in via di prassi “la sospensione del procedimento giudiziario”<sup>1458</sup>.

La *ratio* della disapplicazione della norma incompatibile da parte del giudice si riallaccia a quella dell'efficacia retroattiva dell'obbligo di riforma<sup>1459</sup>.

---

<sup>1453</sup> Così del tutto significativamente J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., 218.

<sup>1454</sup> T. MAUNZ, *Das verfassungswidrige Gesetz*, cit., 513.

<sup>1455</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 160.

<sup>1456</sup> K. GRAßHOF, § 78, in (a cura di C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF), in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2015, Rn. 90.

<sup>1457</sup> In questo senso M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 214.

<sup>1458</sup> Così l'attenta dottrina di W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in DVBl, 1971, 843. La dottrina ha fatto riferimento ad una possibile opzione quanto alla sospensione del processo. Così J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 106.

Quanto alla giurisprudenza del *BVerfG* si vedano le decisioni *BVerfGE* 32, 217 e *BVerfGE* 84, 9.

<sup>1459</sup> In questo senso si veda W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in DVBl, 1971, 846; e C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 29.

Con riferimento al giudizio della *konkrete Normenkontrolle*, lo scopo del blocco di applicazione consiste nella possibilità da parte delle parti del processo principale di potere profittare della futura disciplina individuata dal legislatore, la c.d. *Neuregelung*<sup>1460</sup>.

Allo stesso modo, la sospensione del procedimento si giustifica agli occhi del ricorrente che ha utilizzato lo strumento della *Verfassungsbeschwerde* alla luce della *chance* di potere beneficiare degli effetti positivi derivanti dalla modifica in senso costituzionalmente conforme della norma dichiarata incompatibile<sup>1461</sup>.

Per quanto riguarda, più nello specifico, il ricorso diretto, in seguito all'adozione di una sentenza di incompatibilità “la decisione del procedimento originario è annullata e il procedimento è rinviato al Tribunale d'appello competente per la decisione”<sup>1462</sup>.

Tanto chiarito, si consideri che la tecnica della *Fortgeltungsanordnung* corrisponde ad un'eccezione<sup>1463</sup>: il suo scopo è quello di ottimizzare la concretizzazione dei valori costituzionali sulla base dell'argomento delle conseguenze giuridiche<sup>1464</sup>.

Talvolta infatti l'ordine di applicazione (ultrattiva) della norma incompatibile risulta costituzionalmente necessario, così come la previsione di una *Fortgeltungsanordnung* eccezionale dal punto di vista della durata e della struttura<sup>1465</sup>.

E' da aggiungersi che l'adozione di una sentenza di incompatibilità pura - in sostituzione dell'adozione di una sentenza di nullità - non può e non deve condurre a conseguenze caotiche lesive dello Stato di diritto<sup>1466</sup>: pertanto, in singoli casi l'applicazione da parte dei giudici della norma incostituzionale “costituisce una reazione indispensabile all'incostituzionalità di una norma”<sup>1467</sup>, la quale - chiaramente - si oppone alla conseguenza ideale della decisione di incompatibilità, cioè quella del blocco di applicazione della norma, la c.d. *Anwendungssperre*<sup>1468</sup>.

---

<sup>1460</sup> si veda sul punto [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/RechtsgutachtenTeil1.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/RechtsgutachtenTeil1.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 25.

<sup>1461</sup> In questo senso J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 95. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 131.

<sup>1462</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 163. Così anche C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 328-329. Cfr. anche H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, cit., 87.

<sup>1463</sup> Si veda F. WOLLENSCHLÄGER, Art. 3, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018, Rn. 316. Così anche J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 36.

<sup>1464</sup> Si veda P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 132.

<sup>1465</sup> Sentenza del primo Senato del 10 aprile 2018, Rn. 179. Sul tema della durata della *Fortgeltungsanordnung* e la tutela dell'ordinamento giuridico si veda C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 173.

La *Fortgeltungsanordnung* viene giustificata in modo del tutto curioso non sulla base della buona gestione della Pubblica Amministrazione o sulla base dell'esigenza di contenere effetti finanziari eccessivi, bensì sulla base del comportamento - reiterato nel tempo - che hanno tenuto i contribuenti, quasi a volere significare...“chi ha dato ha dato, chi ha avuto ha avuto“.

Sembra interessante sottolineare che più duratura è la situazione di illegittimità costituzionale sottesa alla *Fortgeltungsanordnung*, maggiormente necessario sarà procedere all'eliminazione della norma incostituzionale. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 243.

<sup>1466</sup> Così C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 172.

<sup>1467</sup> S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 178.

<sup>1468</sup> In questo senso C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, cit., 172.

Quanto alla prassi giurisdizionale, si consideri che i giudici, dinnanzi all'adozione di una sentenza di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, sono comunque tenuti ad interpretare e applicare la disciplina incompatibile in senso conforme a Costituzione<sup>1469</sup>, e ciò a prescindere dalla natura della variante decisionale in questione.

#### 9. La dimensione temporale delle Unvereinbarkeitserklärungen: uno strumento decisionale flessibile

Come si è già avuto modo di vedere, secondo prassi costante del *BVerfG* la dichiarazione di incompatibilità ha lo stesso effetto retroattivo della *Nichtigkeitserklärung*.

Con riferimento alle prime, tuttavia, gli effetti per il passato sono “notevolmente limitati dalla decisione politico-giuridica del legislatore [...]”<sup>1470</sup>.

Anche se le sentenze di incompatibilità hanno - in linea di principio - un effetto *ex tunc*, va notato che “il legislatore non è obbligato ad eliminare la situazione giuridica incostituzionale prima della data della decisione costituzionale”<sup>1471</sup>.

E ancora, la dottrina ha affermato che “è indiscutibile che una riforma della disciplina incostituzionale debba avere efficacia per il futuro. Secondo il *BVerfG* una disciplina dotata di effetto retroattivo fino al “punto di collisione” risulta solamente *talvolta* indispensabile”<sup>1472</sup>.

La tesi appena menzionata ha conosciuto ampia conferma nella prassi del *BVerfG*.

Ad esempio, nella sentenza *Finanzausgleich I* il *BVerfG* ha dichiarato che “[...] non solo gli aspetti della certezza giuridica, ma anche quelli di una pianificazione finanziaria, di spesa e di bilancio affidabile, i cui effetti possono essere calcolati, nonché la corrispondente gestione finanziaria, di spesa e di bilancio, ostacolano un intervento retroattivo nell'oggetto del regolamento in questione [...]”<sup>1473</sup>.

Come è già stato scritto, secondo una parte della dottrina gli effetti delle sentenze di incompatibilità si collocano su un piano temporale che “in linea di principio non ha effetto retroattivo e che infatti è menzionato solo nel § 79.1 *BVerfGG* e non nel suo paragrafo 2”<sup>1474</sup>.

Ancora, volendo utilizzare un esempio, secondo il *BVerfG* “il legislatore non è quindi obbligato a stabilire la necessaria uguaglianza dei figli legittimi nati da matrimoni con effetto retroattivo

---

<sup>1469</sup> Si veda *BVerfGE* 125, 175 (259).

<sup>1470</sup> Così Pohle chiude la sua monografia: Cfr. A. P. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., 177.

<sup>1471</sup> Cfr. M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 246.

<sup>1472</sup> Si veda P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 168.

<sup>1473</sup> Così il *BVerfG* 72, 330 (422 f): “Nicht allein Gesichtspunkte der Rechtssicherheit, vielmehr auch solche der verlässlichen und in ihren Wirkungen kalkulierbare Finanz-, Ausgaben- und Haushaltsplanungen sowie einer entsprechenden Finanz-, Ausgaben- und Haushaltswirtschaft stehen bei der hier in Frage stehenden Regelungsmaterie rückwirkenden Eingriffen entgegen”.

<sup>1474</sup> Cfr. S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 167.



fino al 1° aprile 1953 [...] ma deve eliminare le conseguenze permanenti per lo status delle persone interessate per il futuro”<sup>1475</sup>.

La gestione del tutto flessibile degli effetti della declaratoria di incostituzionalità rappresenta la conseguenza di una regolamentazione del tutto insufficiente delle conseguenze delle decisioni di incompatibilità<sup>1476</sup>.

In particolare, con riferimento al diritto tributario e al diritto sociale, il *BVerfG* ha posto in essere una prassi decisionale alternativa allo stesso dispositivo già di per sé del tutto peculiare che contraddistingue l'*Unvereinbarkeitserklärung* (nella sua variante “pura”).

Nelle “zone del diritto” appena menzionate, in altre parole, il *BVerfG* ha adottato decisioni di incompatibilità dotate di efficacia *ex nunc*; già nel 1996 la dottrina scriveva di una “tendenza allo sviluppo di *Unvereinbarkeitserklärungen* con effetto *ex-nunc*”<sup>1477</sup>.

E tuttavia, secondo parte della dottrina, talvolta i *topoi* che prevedono una simile efficacia non sono del tutto giustificati dal punto di vista delle esigenze costituzionali.

Secondo Seer: “il Tribunale costituzionale si riserva ora un arsenale decisionale particolarmente flessibile” di cui si avvale liberamente<sup>1478</sup>. E ancora secondo lo studioso il *BVerfG* non avrebbe sviluppato un proprio “concetto dogmatico” in punto di efficacia nel tempo delle proprie pronunce, soprattutto in materia fiscale<sup>1479</sup>.

Quanto appena segnalato si colora di una rilevante attualità, soprattutto alla luce di una recentissima decisione adottata in materia tributaria.

Il 10 aprile 2018 è stata pubblicata una sentenza costituzionale attesa da tempo<sup>1480</sup>.

Sul piano del diritto sostanziale, la recentissima *Unvereinbarkeitserklärung* fa capolino rispetto alla fitta giurisprudenza del *BVerfG* in ambito tributaristico in ragione delle (imponenti) conseguenze da essa direttamente derivanti sul piano della politica tributaria, foriere della necessità di far fronte a compiti gravosissimi, descritti in senso apocalittico dalla stessa dottrina;<sup>1481</sup> per quanto

---

<sup>1475</sup> *BVerfGE* 37, 217 (263).

<sup>1476</sup> La terminologia appartiene a H. HÄUBLER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung*, cit., 257.

<sup>1477</sup> Si veda R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., 288 e anche M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 244-245.

<sup>1478</sup> Cfr. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., 289.

<sup>1479</sup> Si veda ancora R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., 289.

<sup>1480</sup> R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerfG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *BB*, 2018, 1495; si veda anche *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer – wie könnte eine Lösung aussehen?*, in *BB* Die erste Seite, Nr 20; ancora, U. EVERSLOH, *Die Woche im Steuerrecht*, in *BB*, 2018, 852 e D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, in *LTO*, 2018.

<sup>1481</sup> In questo senso, cfr. D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit. Si consideri infatti, che la dottrina ha fatto riferimento, rispetto alla condotta che dovrà essere soddisfatta dall'amministrazione finanziaria, ad un'impresa degna della natura di Ercole (*Herkulesaufgabe*), in D. EISELE, *Einheitsbewertung des Grundvermögens für Zwecke der Grundsteuer verfassungswidrig*, in *NWB*, 2018; non solo, la rilevanza della tassa in esame imporrà anche al legislatore di porre in essere un'attività “immane”.

interessa, invece, il piano del diritto processuale costituzionale in senso stretto, il *BVerfG*, consapevole delle notevoli ripercussioni che avrebbe generato l'adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità, ha adottato una decisione contraddistinta da una struttura alquanto originale, supportata da un'argomentazione *sui generis*.

I procedimenti principali nei quali sono state sollevate le tre questioni di legittimità costituzionale della Corte Federale delle Finanze (*Bundesfinanzhof*), e i due ricorsi individuali (*Verfassungsbeschwerde*), inerivano la questione relativa alla compatibilità con l'art. 3 I della Legge Fondamentale della determinazione del valore unitario dei terreni dei “vecchi *Länder*” ai fini dell'applicazione della tassa sul terreno (*Grundsteuer*), il quale non era stato più oggetto di aggiornamento a partire dal 1964<sup>1482</sup>.

Si consideri che, addirittura, per quanto riguarda i *Länder* appartenenti alla parte est della Germania, le autorità competenti erano (e sono tuttora) tenute a fare riferimento a valori risalenti al 1935<sup>1483</sup>.

Le norme oggetto delle tre questioni di legittimità costituzionale e dei due ricorsi individuali consistono negli artt. n. 19, 20, 21, 22, 23, 27, 76, comma 2, 79, comma 5, 93, comma 1, alinea 2 della legge sulla valutazione (*Bewertungsgesetz – BewG*).

La legge in esame regola la valutazione fiscale dei beni.

Ai fini della comprensione della *ratio decidendi* del *BVerfG* importa rilevare che, nonostante la tassa sui terreni corrisponda, ai sensi dell'art. 106, comma 6, della Legge Fondamentale, ad una tassa di natura comunale<sup>1484</sup>, tuttavia il parametro di riferimento ai fini dell'individuazione del valore d'imposizione viene stabilito dal *Bund*<sup>1485</sup>.

Si consideri inoltre che, a differenza di altre tipologie di tributi, la *Grundsteuer* si riferisce a beni, che, se non ne costituiscono addirittura un *unicum*, sono comunque fortemente legati al territorio<sup>1486</sup>.

E' infatti proprio l'estensione spaziale della tassa interessata dalla dichiarazione di incostituzionalità ad avere, di fatto, “modellato” l'architettura decisionale del *BVerfG*.

Quanto alla descrizione della vicenda processuale, si consideri che le ordinanze di rinvio della Corte delle Finanze del *Bund* (d'ora in poi *BFH*), erano imperniate intorno alla seguente questione di legittimità costituzionale, ovvero se il valore della base imponibile *standard*

---

<sup>1482</sup> Rispetto a tutte le parti in causa, alla base dell'interesse a ricorrere al Tribunale costituzionale vi era, verosimilmente, l'interesse alla vendita dei beni.

<sup>1483</sup> Così D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit.

<sup>1484</sup> Per una trattazione esaustiva sul tributo in discorso si veda M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, in BB, 2018, 919.

<sup>1485</sup> In questo senso R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1488-1489. Cfr. anche *BVerfG: Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung zur Bemessung der Grundsteuer*, in NJW, 2018, 1452.

<sup>1486</sup> Così M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, cit., 919.

(*Einheitsbewertung*)<sup>1487</sup> previsto per la determinazione della riscossione della tassa sui beni immobili fosse compatibile con l'art. 3 I GG.

Si consideri, in via generalissima, che l'*Einheitswert* (il valore unitario) viene applicato per ogni terreno al fine valutare gli immobili<sup>1488</sup>.

Il BFH asseriva che oramai l'*Einheitsbewertung* fosse rilevante solamente per la stessa *Grundsteuer* e che i valori individuati erano al di sotto della soglia del valore comune<sup>1489</sup>.

E' da notare che già nel 2010 il BFH aveva adottato una decisione monitoria nella quale affermava che le disposizioni sulla *Einheitsbewertung* erano da considerarsi costituzionali solamente fino al 2007<sup>1490</sup>.

Vale la pena di rammentare che le parti del processo principale, ad eccezione di una, erano proprietari di terreni edificati in più *Bundesländer*<sup>1491</sup>, motivo per il quale si sono rivolte ai tribunali competenti in materia finanziaria al fine di opporsi al valore unitario stabilito dall'Agenzia competente rispetto ai beni di loro proprietà.

Come si accennava il BFH, in occasione dei tre "procedimenti di revisione" (*Revisionsverfahren*), ha sollevato, mediante tre ordinanze, questione di legittimità costituzionale<sup>1492</sup>.

Il mancato aggiornamento del *Hauptfeststellungspunkt*, corrispondente al "punto di determinazione dell'*Einheitswert*", ovvero al rilevante momento in cui avviene la fissazione e della determinazione del valore unitario riferibile ai fini fiscali ai terreni edificati e non edificati, ha determinato, di fatto, una distorsione del valore dei beni coinvolti, dal momento che, e ciò lo si vedrà più nel dettaglio in seguito, la determinazione di tale valore di riferimento dovrebbe avvenire, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del *BewG*, regolarmente ogni sei anni; proprio il mancato aggiornamento del valore unitario avrebbe determinato l'individuazione di valutazioni ancorate ad un valore di riferimento risalente a più di cinquanta anni fa.

Nonostante l'*Einheitswert* venisse individuato successivamente al 1964 sulla base delle relative procedure<sup>1493</sup>, in ogni caso la valutazione concreta non poteva che essere rapportata al momento

---

<sup>1487</sup> Si consideri che quest'ultima assume significato, allo stato attuale, solamente con riferimento alla *Grundsteuer*; J. U. HINDLER, A. FELDHAUS, *Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für der Grundsteuer*, in GmbHR, 2018, R135.

Più nello specifico, l'*Einheitswert* consiste in un valore specifico, riferibile a beni immobili edificati e non edificati o dei beni ad essi equiparabili, il quale viene stabilito in seguito ad un procedimento standardizzato; esso è previsto dall'art. 19 I *BewG*, dichiarato, appunto, incostituzionale dal BVerfG.

<sup>1488</sup> Così specificato da M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, cit., 919.

<sup>1489</sup> Cfr. BVerfG: *Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, in DSfR, 2018, 794.

<sup>1490</sup> Cfr. BVerfG: *Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., 794.

<sup>1491</sup> Appartenenti ai cd. "alten Bundesländern"

<sup>1492</sup> BVerfG: *Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., 795.

<sup>1493</sup> Si fa riferimento all'*Ertragswertverfahren* e al *Sachwertverfahren*.

Non è certamente questa la sede opportuna, tuttavia pare sicuramente interessante operare un rinvio ad un articolo dottrinale il quale, nel commentare la sentenza del 9 marzo 2004 – 2 BvL 17/02, ha ampiamente affrontato il tema relativo al dovere costituzionale della pubblica amministrazione di garantire l'esecuzione della legge tributaria in senso conforme al principio di uguaglianza. Si veda D. BIRK, *Das Gebot des gleichmässigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9 März 2004 – 2 BvL 17/02*, FR 2004, 470.

in cui avvenne la più recente fissazione principale del valore unitario (*Hauptfeststellung*), corrispondente, lo si è visto, al 1.1.1964.

Pertanto, un immobile dotato di un valore piuttosto elevato non poteva (e tuttora, come si vedrà, non può) divenire oggetto di una rivalutazione coerente con il proprio valore di mercato, dal momento che la stessa valutazione impone di considerare l'immobile come se fosse fermo agli *standard* immobiliari del 1964<sup>1494</sup>.

Nell'ambito del procedimento che ha dato luogo all'ordinanza di rimessione 1 BvL 11/14, la parte aveva adito il *BFH* in ragione del rigetto, da parte del *Finanzgericht*, della domanda di opposizione alla valutazione, effettuata nel 2009, di un immobile di sua proprietà ereditato nel 2008: la valutazione in questione era stata effettuata sulla base del valore unitario statuito decenni prima in seguito al procedimento che aveva determinato l'individuazione del valore della rendita immobiliare: il ricorrente aveva statuito di adire il giudice in ragione del fatto che il valore applicato andava, di fatto, a violare il principio di uguaglianza<sup>1495</sup>.

Con riferimento al secondo giudizio principale che ha condotto alla redazione dell'ordinanza di rimessione 1 BvL 12/14, la parte interessata aveva adito il *BFH* poiché, nel giudizio di primo grado, svoltosi dinnanzi al *Finanzgericht*, aveva, senza successo, impugnato la determinazione del valore unitario dell'immobile di sua proprietà situato nella parte Ovest di Berlino<sup>1496</sup>.

Il quadro fattuale del procedimento che ha condotto alla terza ordinanza di rimessione 1 BvL 1/15, si differenzia rispetto ai primi due<sup>1497</sup>.

Il ricorrente, beneficiario di un prestito sociale finalizzato alla costruzione di un edificio, in seguito adibito ad alloggi destinati all'affitto, era tenuto a pagare un canone annuo.

L'immobile era stato valutato nel 2008: tuttavia, il valore unitario, determinato sulla base dell'indice degli affitti risalente al 1964, era stato calcolato prescindendo dal finanziamento pubblico di cui era beneficiario il ricorrente: pertanto, quest'ultimo domandò al *Finanzgericht* la riduzione del canone annuo da pagare, il cui ammontare risultava eccessivo, evidentemente, in considerazione della mancata inclusione, nel procedimento di determinazione del valore unitario dell'edificio, degli elementi di fatto sopravvenuti al 1964<sup>1498</sup>.

Di fatto, il *BFH* dubitava della legittimità costituzionale della distorsione di valore di unità economiche di per sé comparabili<sup>1499</sup>.

Con riferimento ai ricorsi individuali, gli autori delle due *Verfassungsbeschwerden*, corrispondenti a proprietari di immobili edificati e ubicati nella parte ovest della Germania, avevano impugnato

---

<sup>1494</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 38.

<sup>1495</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 26.

<sup>1496</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 27.

<sup>1497</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 28.

<sup>1498</sup> Si veda R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, cit., 141.

<sup>1499</sup> In questo senso R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1488, il quale ha operato un'esauritiva ricostruzione del caso giurisprudenziale in esame.

dinnanzi al *BFH* il valore unitario statuito nei confronti delle loro proprietà, e ciò in ragione dell'applicazione da parte dell'amministrazione delle censurate disposizioni di cui al *BenG*, basandosi quest'ultimo, come lamentato dai ricorrenti, su una procedura di determinazione del valore non più compatibile con l'art. 3, comma 1, della Costituzione; pertanto, la violazione del principio di uguaglianza era determinato dall'imposizione della tassa sugli immobili operata secondo le disposizioni "attuali" del *BenG*<sup>1500</sup>, foriere di "distorsioni di valore contrarie al principio di uguaglianza" in particolar luogo tra tipologie immobiliari simili, dando così luogo alla perdita, da parte dei suddetti valori, di qualsiasi legame con la realtà<sup>1501</sup>.

A fronte dell'ulteriore rigetto della domanda, i *Beschwerdeführer* hanno fatto ricorso al *BVerfG* impugnando le decisioni ad essi sfavorevoli.

Ciò detto, si consideri che la determinazione del valore unitario ha interessato diversi archi temporali rispetto ai quali rilevano quattro annualità: il 2002<sup>1502</sup>, il 2006, il 2008 e il 2009.

In primo luogo, il *BVerfG* dichiara ammissibili le tre questioni di legittimità costituzionale sollevate dal *BFH*.

Il *BVerfG*, dopo avere affermato la sussistenza del requisito della rilevanza<sup>1503</sup> - la quale, nel caso di violazione del principio di uguaglianza, sussiste solamente nel caso in cui la parte del processo principale sia lesa nei suoi diritti in ragione del trattamento diseguale subito<sup>1504</sup> e qualora da parte del giudice vi sia la "convinzione dell'incostituzionalità della norma"<sup>1505</sup> - ha affermato che "alla rilevanza della questione non si oppone il fatto che in caso di violazione delle disposizioni costituzionali vi sia la possibilità che venga dichiarata, da parte del *Bundesverfassungsgericht* soltanto l'incompatibilità della norma con la Costituzione, oltre che, ove possibile, anche la diposizione della validità della stessa norma"<sup>1506</sup>.

Come è possibile vedere, il *BVerfG* ha precisato che la *Fortgeltung* non si oppone alla *ratio* della rilevanza; tale passaggio assume una rilevanza notevole se si considera che la *Fortgeltungsanordnung* suggerisce, di norma, l'efficacia esclusivamente *pro futuro* della riforma della norma incostituzionale.

Chi scrive, pur consapevole di avanzare una tesi certamente ardita, sostiene che alla base di una simile "precisazione" vi possa essere il timore di una vera e propria delegittimazione della prassi

---

<sup>1500</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 49.

<sup>1501</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 52.

<sup>1502</sup> Come si vedrà nel proseguo del presente lavoro, il 2002 costituisce l'anno a partire dal quale il *BVerfG* ha fatto discendere l'incostituzionalità delle norme oggetto.

<sup>1503</sup> La cd. *Entscheidungserheblichkeit*, la quale sussiste quando "il giudice deciderebbe nell'ambito del giudizio principale diversamente a seconda che sia data l'invalidità della norma o la validità della stessa", cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 249.

<sup>1504</sup> Così l'attenta dottrina di C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 249.

<sup>1505</sup> La cd. "richterliche Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des anzuwendenden Gesetzes"; si veda C. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., 129-138.

<sup>1506</sup> Cfr. Decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 79.

giurisprudenziale che si fonda sulla mera dichiarazione di incompatibilità della norma censurata e, *a fortiori*, della disposizione della *Fortgeltungsanordnung*.

Di fatto, tale affermazione, apparentemente “forzata”, pertanto, pare svolgere una funzione “costituzionalizzatrice” della *Fortgeltungsanordnung*.

Il *BVerfG* accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle tre ordinanze di rimessione del *BFH* dichiarando l’illegittimità costituzionale delle disparità di trattamento verificatesi in violazione dell’art. 3 I *GG*<sup>1507</sup>, dal momento che la tassa in questione veniva rapportata a valori unitari eccessivamente risalenti nel tempo.

In secondo luogo, dichiara altresì ammissibili i due ricorsi individuali, affermando che “le notifiche di pagamento e le decisioni dei Tribunali violano i ricorrenti nel loro diritto di cui all’art. 3 I *GG*”, e ciò in ragione del fatto che “il procedimento di valutazione dei beni coinvolti non era più compatibile con l’art. 3 I *GG*”<sup>1508</sup>.

L’illegittimità costituzionale della norma oggetto consegue, di fatto, all’inerzia del legislatore, il quale non aveva provveduto ad aggiornare il valore unitario del tributo *de qua* sulla base dell’identificazione del valore effettivo di riferimento, la cd. *Hauptfeststellung*<sup>1509</sup>.

Come si accennava, la determinazione di tale cifra dovrebbe avvenire, ai sensi dell’art. 21, comma 1 del *BenG*, regolarmente ogni sei anni; ciò in quanto la cd. *Hauptfeststellung* costituisce, in virtù della sua intrinseca natura periodica, una “pietra miliare fondamentale di carattere sistematico”<sup>1510</sup>. Lo scopo individuato dalla normativa coincide con l’identificazione di un’entità valoriale che sia il più possibile vicino al valore corrente del terreno<sup>1511</sup>, in modo tale da evitare che si inverino distorsioni valoriali di carattere sistematico e di natura progressiva con riferimento ai terreni edificati e quelli non edificati<sup>1512</sup>.

La *ratio* è evidente: la modifica delle eventuali circostanze di fatto che interessano i terreni costituisce un elemento che deve essere inserito nella valutazione degli stessi al momento della determinazione del valore unitario<sup>1513</sup>.

---

<sup>1507</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 92.

<sup>1508</sup> *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., 806.

<sup>1509</sup> Rispetto al tema dell’obbligo *permanente* del legislatore a vigilare sulla costituzionalità della legislazione si veda R. STETTNER, *Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose*, in DVBl, 1982, 1123 e ss.

<sup>1510</sup> Così si esprime R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1489.

<sup>1511</sup> Cfr. *BVerfG: Die Einheitsbewertung zur Bemessung der Grundsteuer ist verfassungswidrig*, Redaktion FD-MietR 2018.

Si consideri che il valore corrente costituisce “il punto di riferimento rispetto al quale i risultati dell’attribuzione del valore unitario possono essere calcolati per il giudizio relativo ad una pressione fiscale conforme al principio di uguaglianza”, così U. EVERSLOH, *Die Woche im Steuerrecht*, cit., 852.

<sup>1512</sup> Sul punto si esprime con estrema chiarezza R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1489.

<sup>1513</sup> In questo senso R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, cit., 141.



In caso contrario, fattori di rilevanza economica quali “l’efficienza energetica, attrezzature per l’energia solare e il riscaldamento [...] bagni e cucine di lusso” non potrebbero rientrare nel processo di valutazione del bene in quanto “50 anni fa non erano in alcun modo conosciuti”<sup>1514</sup>. Come ha modo di affermare il *BVerfG*, “il fatto che il legislatore si sia attenuto al *Hauptfeststellungszeitpunkt* del 1964 ha portato a gravi disparità di trattamento [...] nella valutazione dei beni immobili, rispetto alle quali non vi è un’adeguata giustificazione”<sup>1515</sup>.

Il Giudice delle leggi, nel redigere la complessa decisione, si rende autore di una sorta di “trattatello”<sup>1516</sup> del significato che assume il principio di uguaglianza in ambito tributario<sup>1517</sup>, affermando che “i principi che si sono sviluppati nell’ambito della giurisprudenza del *BVerfG* rispetto all’applicazione del generale principio di uguaglianza nel diritto tributario richiedono una strutturazione della misurazione del valore che sia coerente con il principio di uguaglianza anche sul piano dell’individuazione delle basi inerenti la tassazione”<sup>1518</sup>.

Dopo avere specificato che il principio di uguaglianza impone di trattare situazioni eguali in modo eguale e situazioni diseguali in modo diseguale, il *BVerfG* afferma che, in base all’art. 3 I GG, in generale la base di misurazione di un tributo deve essere strutturata in modo tale da risultare rispettosa del principio di uguaglianza, soprattutto nei casi in cui il tributo venga imposto sulla base di un’aliquota unitaria<sup>1519</sup>, in modo tale da evitare di giungere alla necessità di correggere, *ex post*, nel corso dell’imposizione fiscale, le disuguaglianze createsi proprio in ragione del deficit insito nella misurazione del valore della proprietà.

In caso contrario, quindi, la scelta discrezionale del legislatore assume, come di fatto è accaduto, connotati pacificamente irragionevoli<sup>1520</sup>.

Il *BVerfG* afferma a più riprese la rilevanza dello spazio discrezionale di cui gode il legislatore “nella scelta del valore di misurazione e nella strutturazione delle regole funzionali alla sua individuazione”<sup>1521</sup>; il limite in questione è rappresentato da quanto desumibile dal principio di

---

<sup>1514</sup> Si veda R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1489.

<sup>1515</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 92.

<sup>1516</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 96-Rn. 98.

<sup>1517</sup> Sul punto si rimanda a F. SCHOCH, *Der Gleichheitssatz*, in DVBl, 1988, 881-882.

<sup>1518</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 93.

<sup>1519</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 97.

<sup>1520</sup> L’impianto argomentativo del *BVerfG* presenta forti analogie con la nota sent. cost. n. 3 del 1957, laddove la Corte costituzionale ha affermato, rispetto al principio di uguaglianza, che: “questo principio non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l’osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3”.

Di fatto, il principio di uguaglianza, se calato nella materia tributaristica, esige che vi sia, per l’appunto, coerenza interna alla legge tributaria. Sul punto, cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Utet Giuridica, Torino, 2012, 76.

<sup>1521</sup> Cfr. Decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 98.

uguaglianza, ovvero dalla strutturazione di un valore unitario apprezzabile alla luce dello stesso art. 3 I GG.

Peraltro, il Tribunale costituzionale sembra rafforzare il proprio impianto argomentativo ragionando nel senso che “il fatto che una disparità di trattamento relativa ad una legge tributaria non possa essere rimossa senza che vi siano oneri fiscali di poco significato, non può condurre a tollerare una situazione di per sé incostituzionale”<sup>1522</sup>.

Peraltro, la conseguenza derivante da una simile significativa distorsione di valore non inciderebbe solamente su casi isolati, né riguarda nello specifico un gruppo di persone ben individuato, ma inerisce “tendenzialmente tutto il territorio”<sup>1523</sup>.

Ancora, l'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla pressione fiscale non è giustificabile, secondo il BVerfG, sulla base dell'opportunità di evitare rilevanti spese amministrative e sulla base di ragioni improntate alla tipizzazione e alla forfettizzazione<sup>1524</sup>; essa non è ammissibile nemmeno con riferimento all'esigenza di determinare una pressione fiscale di minore entità.

Il BVerfG, nel dichiarare l'incompatibilità dei § 19, 20, 21, 22, 23, 27, 76 Abs. 1, § 79 Abs. 5, § 93 Abs. 1 Satz 2 del BewG a partire dal 2002, anno in cui avvenne la prima valutazione del bene tra quelle effettuate, rispettivamente, con riferimento alle tre questioni di legittimità sollevate e all'altra Verfassungsbeschwerde, afferma l'opportunità della mera dichiarazione di incompatibilità alla luce del principio, adottato in via pretoria, per cui la sola declaratoria di incompatibilità di una legge è “*di norma prevista qualora il legislatore abbia più possibilità per rimediare al vizio di illegittimità costituzionale. Ciò accade di fatto nel caso in cui vi siano violazioni del principio di uguaglianza. Qualora il Bundesverfassungsgericht accerti l'incompatibilità di una norma con l'art. 3 Abs. 1 GG, la conseguenza è di regola quella della nascita dell'obbligo in capo al legislatore, con effetto retroattivo rispetto al termine statuito dal Giudice, di rimediare all'incostituzionalità*”<sup>1525</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, l'affermazione di principio appena enunciata permette di avvicinare le decisioni di incompatibilità alle decisioni di nullità, stante il chiaro riferimento all'efficacia retroattiva, seppur fortemente condizionata alla discrezionalità dello stesso Giudice delle leggi.

IL BVerfG continua nel senso che “*per ciò il Bundesverfassungsgericht può anche prevedere, nei confronti del legislatore, un Frist* (cfr. BVerfGE 117,1 <70>).

*Nel caso in cui non venga disposta, come nel caso di specie, al contempo una Fortgeltungsanordnung, i giudici e le autorità amministrative non possono più fare applicazione della norma con riferimento all'incostituzionalità*

---

<sup>1522</sup> BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig, cit., 803.

<sup>1523</sup> BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig, cit., 802.

<sup>1524</sup> Cfr. Decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 62.

<sup>1525</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 165.

accertata, e i procedimenti in corso devono essere sospesi (cfr. BVerfGE 138, 136 <249 Rn. 286> m.w.N.; 139, 285 <316 Rn. 88>)”<sup>1526</sup>.

Il Tribunale costituzionale, successivamente, si prodiga nell’elencazione, seppur sintetica, delle possibili riforme effettuabili dal legislatore, ovvero quella di “*sanare le disposizioni relative alla Einheitsbewertung*” e la “*completa riformulazione*” delle disposizioni riferibili alla *Grundsteuer*, seguendo ciò all’accertamento dell’incostituzionalità<sup>1527</sup>.

Il passaggio successivo rileva in quanto il *BVerfG* esplicita, seppur indirettamente, la circostanza per cui l’incostituzionalità delle disposizioni censurate era, di fatto, prevedibile, e ciò alla luce degli svariati tentativi di riforma che hanno interessato la valutazione dei terreni<sup>1528</sup>.

Tale circostanza è aggravata dal fatto che i procedimenti attraverso i quali si è proceduto all’attribuzione di valore dei beni a partire dall’anno 1964 si sono svolti in totale discordanza rispetto ai principi (analoghi) che il *BVerfG* aveva già individuato con riferimento alla sentenza sull’*Erbschaftsteuer* del 2006.

Alla base dell’omessa riforma della *Grundsteuer*<sup>1529</sup> vi sono diverse ragioni: l’incertezza relativa alle entrate fiscali delle comunità locali, la dubbia modifica del tributo su base federale nonostante quest’ultimo fosse livellato sui singoli *Länder* e, ancora, l’impossibilità di prevedere gli effetti pratici sul bilancio degli stessi<sup>1530</sup>.

Secondo altri, la ragione che ha causato il differimento nel tempo dell’intervento del *BVerfG* consiste nella “relativa lieve pressione fiscale per i singoli”<sup>1531</sup>.

Al punto III della lettera D il *BVerfG* specifica, attraverso il riferimento alla *Fortgeltungsanordnung*, l’efficacia temporale della declaratoria di incompatibilità, affermando che “*la valenza continua delle norme relative alla Einheitsbewertung, le quali sono state accertate essere incostituzionali, interessa i valori unitari statuiti nel passato e quelli su cui si basa l’imposizione della Grundsteuer*”<sup>1532</sup>.

In seguito, il Tribunale costituzionale esplicita le ragioni della mancata eliminazione delle disposizioni incostituzionali, ovverosia “*l’enorme carico amministrativo che, molto probabilmente, deriverebbe dalla liquidazione retrospettiva di casi ancora aperti*”<sup>1533</sup>.

Nello specifico, il Tribunale costituzionale dichiara sorprendentemente che “*il fatto di tollerare l’imposizione fiscale che si basa sulle disposizioni incostituzionali di cui si è trattato è da accettare[...]per coloro i quali siano interessati dalla dichiarazione di incostituzionalità*”<sup>1534</sup> anche per questa ragione, ovvero che la

<sup>1526</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 165.

<sup>1527</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 166.

<sup>1528</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 167.

<sup>1529</sup> I tentativi risalgono agli anni 80.

<sup>1530</sup> Sul punto si veda, per una trattazione più completa, W. SCHEFFLER, *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer – wie könnte eine Lösung aussehen?*, in BB, Die erste Seite, 2018.

<sup>1531</sup> Si veda D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit.

<sup>1532</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 171.

<sup>1533</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 171.

<sup>1534</sup> Il *BVerfG* fa riferimento al termine “Betroffenen”, ovvero, letteralmente, coloro i quali sono “colpiti” dalla norma.

*pressione fiscale [...] è “sempre” stata prevista, e per questo motivo i proprietari terrieri che la ritenevano prevedibile la ritengono tuttora tale”*<sup>1535</sup>.

Il passaggio stupisce, dal momento che la *Fortgeltungsanordnung* viene giustificata non più alla luce di ragioni di natura costituzionale, come la tutela del bilancio o del buon andamento dell'amministrazione, ma alla luce di un comportamento, quello del pagamento del tributo, reiteratosi nel tempo<sup>1536</sup>.

L'applicabilità della norma incostituzionale viene quindi, in parte, legittimata in ragione della prassi concreta e di quello che si è verificato nel tempo, nello specifico a partire dal 1964: l'applicazione, appunto, del tributo.

Quanto affermato dal Tribunale Federale suscita, a parere di chi scrive, ampie perplessità, dal momento che se è già difficilmente giustificabile, da un punto di vista costituzionalistico, l'applicazione del principio per cui “chi ha dato ha dato” sulla base di un previo bilanciamento di valori, risulta ancora più difficile – se non impossibile – motivare il prolungamento della validità di una norma tributaria in ragione dell'auspicabilità – da parte dei soggetti sottoposti alla pressione fiscale - della stessa reiterazione, e ciò solo in quanto “chi ha dato” non potrebbe che aspettarsi, quasi per consuetudine, di “dare ancora”.

Quello che colpisce, peraltro, consiste nel fatto che nel testo della sentenza non vi è alcun riferimento a decisioni in cui sia stato sviluppato, in favore della *Fortgeltungsanordnung*, una simile argomentazione.

Inoltre, si consideri che le ragioni volte a salvaguardare il bilancio, come si è visto, sarebbero bastate, di per sé, a porre le basi per l'ordine di applicazione, e ciò in ragione dell'importanza fiscale che assume la *Grundsteuer*<sup>1537</sup>; non si capisce quindi come mai il *BVerfG* abbia scelto tale impianto argomentativo.

A guardar bene, forse la ragione si nasconde dietro alla struttura *bifasica* del *Frist*: la previsione di due termini intervallati dalla pubblicazione della legge costituzionale è a tal punto eccezionale, che il *BVerfG* ha, forse, preferito appellarsi ad elementi e riferimenti del tutto estranei al tessuto giuridico e “scendere” in campo scevro da formule giuridiche che potrebbero, *ictu oculi*, apparire eccessivamente formali o incomprensibili, così da imporre *a fortiori* il proprio potere decisionale.

---

<sup>1535</sup> Si noti: il passaggio appena menzionato sembra muoversi nella direzione della rilevanza di un “bietto pragmatismo” rispetto alle conseguenze derivanti dall'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

<sup>1536</sup> Pare interessante fare riferimento, in questa occasione, alle “ragioni pratiche” cui ha fatto riferimento l'autorevole dottrina di Costanzo, corrispondenti a “motivi di opportunità”, in P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 77.

<sup>1537</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 173.

Due passaggi dopo, il *BVerfG* chiarisce l'opportunità di disporre la applicazione ulteriore (*weitere Anwendbarkeit*) per il futuro prossimo in quanto in caso contrario, “*vi sarebbe il serio rischio che molte comunità<sup>1538</sup>, senza le entrate derivanti dalla GrSt, incontrino seri problemi di bilancio*”<sup>1539</sup>.

Il Giudice delle leggi specifica che la *Grundsteuer* ha un ruolo finanziario notevole con riferimento ai Comuni<sup>1540</sup>, spingendosi ad affermare che “*se non fosse stata disposta la Fortgeltung, non potrebbero più essere emesse le notifiche contenenti il valore unitario*”<sup>1541</sup>e, pertanto, “*l'inapplicabilità delle disposizioni relative alla valutazione avrebbe come conseguenza quella di interessare tutto l'ambito cui inerisce la tassa sui terreni*”<sup>1542</sup> e quindi non solamente i terreni appartenenti ai “vecchi *Länder*”, ma anche quelli appartenenti ai “nuovi *Länder*”. La previsione dell'imposizione di una tassa soltanto con riferimento ai terreni edificati situati in alcuni *Länder*, e non nei confronti di tutti quanti i *Länder* del *Bund*<sup>1543</sup>, non sarebbe infatti compatibile con l'art. 3 I GG.

Il passaggio successivo ripercorre le criticità evidenziate poco sopra, dal momento che il *BVerfG* afferma che “*la Fortgeltungsanordnung dotata di un'efficacia pro futuro è del resto tollerabile per i debitori della tassa sui terreni per gli stessi motivi (si veda 2) riferibili alla Fortgeltungsanordnung avente efficacia retroattiva*”.

Pertanto, il prolungamento della validità e dell'efficacia di più disposizioni, fondato su ragioni difficilmente qualificabili<sup>1544</sup>, non solo esplica la propria efficacia nei confronti del passato, ma anche nei confronti del futuro.

Un futuro tuttavia limitato al 31 dicembre 2019 e non ulteriormente prorogabile: il Tribunale costituzionale afferma infatti che, “*in caso di inottemperanza da parte del Parlamento, non vi è giustificazione alcuna per la disposizione della Fortgeltung delle regole sulla valutazione del valore unitario senza alcun termine [...] oltre il giorno 31 dicembre 2019 e fino all'individuazione di una nuova normativa da parte del legislatore*”, e ciò per la durata già eccessiva dell'incompatibilità delle stesse disposizioni<sup>1545</sup>.

---

<sup>1538</sup> Si consideri che è stato addirittura affermato che l'eliminazione della Grundsteuer con effetto retroattivo avrebbe “inferto un colpo mortale alle finanze dei comuni”, in D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, cit.

<sup>1539</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 173.

<sup>1540</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 174.

Il *BVerfG* afferma, inoltre, che le entrate derivanti dalla pressione fiscale in esame si aggirano intorno ai 13 – 14 miliardi di euro. Come è facile notare, nel caso di specie sembra che il Tribunale costituzionale abbia attivato i propri poteri istruttori o comunque di indagine al fine di vagliare la rilevanza economica della tassa sui terreni.

Nonostante spesso i calcoli economici, come si è visto, non siano effettuati con precisione, è comunque lodevole il fatto che il Tribunale costituzionale abbia messo sul tavolo alcuni dati al fine di spiegare le ragioni della propria scelta decisionale, al contrario di quanto avviene, invece, nel sistema di giustizia costituzionale italiano (cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 33).

<sup>1541</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 174.

<sup>1542</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 174.

<sup>1543</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 174.

<sup>1544</sup> Anche volendo, sarebbe difficile chiamare in causa, nel caso di specie, la categoria della certezza del diritto, dal momento che essa non può consistere nella mera reiterata prassi del pagamento di una tassa.

<sup>1545</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 176.

Infatti, al Rn. 177 e al Rn. 178 il *BVerfG* esplicita la seconda fase dell’“amministrazione” temporale della *Fortgeltungsanordnung* delle norme dichiarate incompatibili, ossia il cd. “secondo passo”, volutamente confinato entro un termine preciso.

Pertanto si assiste all’affermazione per cui le disposizioni incompatibili con l’art. 3 I GG sono applicabili “*non appena il legislatore abbia individuato una normativa conforme a Costituzione, per altri cinque anni in seguito alla pubblicazione della stessa normativa, al massimo tuttavia fino al 31 dicembre 2024*”<sup>1546</sup>.

Come giustifica il Giudice delle leggi una simile prevaricazione della suddivisione dei poteri? Come può un Tribunale costituzionale sostituirsi al potere legislativo anche quando il rischio connesso alla formazione del vuoto normativo non sussista più a fronte non solo dell’utilizzazione dell’ordine “mobile” della *Fortgeltung*, ma anche del ripristino della conformità a Costituzione ad opera del legislatore?

La risposta, secondo il *BVerfG*, consiste nell’eccezione rappresentata dalle disposizioni dichiarate incostituzionali; la stessa eccezionalità andrebbe a giustificare l’apposizione del secondo *Frist*, e pertanto la “doppia” efficacia *ex nunc* della *Unvereinbarkeitserklärung*, con ciò stesso andando ad accorciare con ancora più vigore la “tutela dei diritti individuali”<sup>1547</sup>.

Sembra quasi che, nel caso di specie, il *BVerfG* abbia consapevolmente evitato di dare luogo al pericolo insito nell’ “eterogenesi dei fini per i quali l’organo è stato creato”<sup>1548</sup>.

A corroborare il doppio *Frist*, il Giudice delle leggi utilizza dati economici.

E’ da notare, però, che i riferimenti numerici menzionati risalgono al 2016, anno in cui fu proposto da due *Länder* la riforma del *BenG*; quest’ultima, se applicata, avrebbe determinato una spesa corrispondente a 35 milioni; nessun dato numerico viene reso noto con riferimento al procedimento in corso, tuttavia gli oneri che deriverebbero dalla subitanea applicazione della riforma cui il legislatore è tenuto entro il 2019 sono ritenuti piuttosto pesanti: “*nel presente processo il governo del Bund e diversi pareri [...] hanno infatti evidenziato e motivato la spesa connessa all’implementazione della rivalutazione soprattutto rispetto alla prospettiva temporale*”<sup>1549</sup>.

Si consideri, a margine, che nel 2016 fu proposto un modello di riforma della *Grundsteuer* da parte dei *Länderfinanzminister*, il quale tuttavia<sup>1550</sup> fu accantonato e quindi sacrificato anche in ragione della discontinuità dell’*iter* compiuto dal *Bundestag*<sup>1551</sup>.

Eppure, già nel 2016 era chiaro che il *BVerfG* avrebbe potuto verosimilmente dichiarare l’incostituzionalità della tassa sui terreni così implicando l’assenza di entrate corrispondenti a 13

---

<sup>1546</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 177.

<sup>1547</sup> In senso critico si pone quindi R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BverG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1490.

<sup>1548</sup> Ci si riferisce ad un’ espressione di R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, cit., 448.

<sup>1549</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 178.

<sup>1550</sup> Si veda in questo senso D. LÖHR, *Beschlussmodell der Landerfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, in DStR, 2016, 1497.

<sup>1551</sup> *BVerfG: Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer verfassungswidrig*, cit., 794.



miliardi di euro l'anno, stante la sollevazione di più questioni di legittimità costituzionale del *BewG* da parte del *BFH* in ragione dell'asserita violazione, appunto, dell'art. 3 I *GG*<sup>1552</sup>.

Anche in tempi meno recenti il rischio di una dichiarazione di incostituzionalità veniva fortemente percepito in seno alla dottrina, tanto che si è fatto riferimento al nodo problematico dell'*Einheitsbewertung*, ritenuta da parte della dottrina incostituzionale sicuramente a partire dal 2014<sup>1553</sup>.

L'attuazione delle disposizioni relative alla valutazione necessita, quindi, di ulteriori cinque anni; in caso contrario vi sarebbero seri problemi legati al bilancio.

Nel frattempo, afferma il *BVerfG*, il *Bund* e i *Länder* possono anche assicurare che sussista la predisposizione dell'implementazione della nuova normativa “*sul piano tributaristico entro il termine di cinque anni*”<sup>1554</sup>.

Come ha modo di affermare la dottrina, “i grossi comuni possono sfruttare tale arco temporale al fine di ponderare realisticamente, attraverso calcoli, le conseguenze fiscali di un cambio di paradigma rispetto alla tassa applicabile al valore del terreno”<sup>1555</sup>.

Certo occorre considerare che, nel caso di specie, ragioni di tipo squisitamente economico<sup>1556</sup> hanno imposto, tramite la disposizione della “duplice” *Fortgeltungsanordnung*, il sacrificio dell'elemento (prezioso) della “responsabilizzazione” del legislatore: non a caso l'impianto decisionale della sentenza in esame non potrebbe incontrare il plauso della dottrina di Roth, tutta improntata alla necessità di restringere il potere del *BVerfG* nel porre in essere le *Übergangsregelungen* a quei casi in cui, lo si è visto, le conseguenze derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità siano di natura eccezionale e non prevedibile.

Eppure, nel caso di specie, la prevedibilità vi era eccome...

Lo stesso *BVerfG* afferma, lo si è visto, l'omissione concretizzatasi con riferimento all'approvazione, nel corso del tempo, di una riforma della *Grundsteuer*<sup>1557</sup>.

Quindi, se è possibile affermare che il rapporto di collaborazione tra *BVerfG* e giudici non pare soffrire di particolari problematiche quanto al “seguito”, stante anche il forte attivismo “chiarificatore” del *BVerfG*<sup>1558</sup>, quello tra *BVerfG* e legislatore pare, talvolta, non concretizzarsi

---

<sup>1552</sup> Così D. LÖHR, *Beschlussmodell der Landesfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, cit., 1497.

<sup>1553</sup> In questo senso R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, cit., 139.

<sup>1554</sup> Cfr. decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, Rn. 178.

<sup>1555</sup> In tal senso si esprime R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1494.

<sup>1556</sup> Si rinvia a Häberle quanto alla possibilità di qualificare l'interesse fiscale nel senso di un interesse pubblico, in P. HÄBERLE, “*Gemeinwohljudikatur*” und Bundesverfassungsgericht. Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, in *AöR*, 1970, 275-278.

<sup>1557</sup> Sulle recenti proposte in tema di riforma della *Grundsteuer* si rimanda a W. SCHEFFLER, M. ROITH, *Leitlinien für eine Reform der Grundsteuer*, in *ifst-Schrift*, 2018, 526.

<sup>1558</sup> Si è visto che il Tribunale costituzionale chiarisce, seppure non con continuità, quale sia il “destino” della norma dichiarata incompatibile.

in una forma di collaborazione finalizzata alla tenuta generale dell'ordinamento giuridico, bensì in una forma di “supporto deresponsabilizzante” da parte del primo nei confronti del secondo. Nonostante le conseguenze giuridiche derivanti da un simile ed *eccezionale* impianto decisionale possano suscitare critiche soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti individuali (in prima battuta, si consideri il diritto di difesa), una tra le voci dottrinali più critiche rispetto alla previsione dell'efficacia *ex nunc* delle decisioni di incompatibilità ha comunque affermato di apprezzare, perlomeno, la limpidezza e la trasparenza con cui lo stesso Tribunale Federale ha statuito gli effetti la dichiarazione di incostituzionalità, e ciò a differenza di quanto accaduto, ad esempio, con riferimento alla sentenza del 2014 sulla *Erbschaftsteuer*<sup>1559</sup>; ne sarebbe dimostrazione l'evidenza con cui il *BVerfG* ha affermato l'impossibilità di applicare ulteriormente le disposizioni dichiarate incostituzionali oltre il 31 dicembre 2019 qualora non vi sia l'auspicato (o, per meglio dire, doveroso) intervento legislativo<sup>1560</sup>.

Purtuttavia, chi scrive intende comunque specificare che, nonostante l'eventuale inerzia legislativa determini, stando a quanto dichiarato dal Giudice delle leggi, la sospensione dei procedimenti e la correlata *Anwendungssperre*<sup>1561</sup>, non vi è comunque specificazione alcuna rispetto allo *status* delle disposizioni dichiarate incompatibili a partire dall'arco temporale successivo al 31 dicembre 2019. Si consideri infatti, che in alcuni casi lo stesso *BVerfG* ha esplicitato, nel testo della sentenza, la sanzione della “nullità” in caso di inerzia legislativa e, quindi, nel caso in cui vi sia la decorrenza infruttuosa del *Frist*<sup>1562</sup>.

Le disposizioni in esame sono da considerarsi ulteriormente incompatibili o nulle?

E se fossero ancora incompatibili, allora la *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dall(e) *Fortgeltungsanordnungen* “degraderebbe” a “semplice” dichiarazione di incompatibilità pura?

Sicuramente, come esplicitato nel caso di specie dal *BVerfG*, la conseguenza certa è l'inapplicabilità della norma.

In effetti, pare che il rispetto della Costituzione e dello Stato di diritto non legittimino comunque l'ultrattività della norma incostituzionale anche in seguito allo spirare infruttuoso del termine<sup>1563</sup>.

---

<sup>1559</sup> Tale apprezzamento è sostenuto da R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1490; ci si potrebbe forse spingere ad affermare che la chiarezza nell'impianto argomentativo della sentenza in discorso trovi il proprio corrispettivo italiano nella sent. cost. n. 10 del 2015. Entrambe le sentenze infatti, pur presentando profili fortemente critici con riferimento alla tutela dei diritti individuali, motivano con precisione le ragioni alla base della modulazione degli effetti temporali.

<sup>1560</sup> R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, cit., 1490. Una soluzione analoga è riscontrabile nella decisione sulla *Vermögensteuer* (BVerfGE 93, 121 <122>); una soluzione opposta invece è stata adottata con riferimento alla dichiarazione di incompatibilità dell'*Erbschaftsteuer* (BVerfGE 117, 1 <2>), dal momento che, se il legislatore fosse rimasto inerte, sarebbe comunque stata possibile l'applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

<sup>1561</sup> Per un ragionamento intorno alle conseguenze derivanti dall'inosservanza a parte del legislatore del termine disposto dal *BVerfG* si veda M. FEICK e T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, in DStR, 2008, 1905.

<sup>1562</sup> Cfr. la sentenza del 7 febbraio 2012 (BVerfGE 130, 240).

<sup>1563</sup> Si veda in questo senso M. FEICK e T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, cit., 1909, i quali tuttavia

Peraltro, i vantaggi derivanti dall'esclusione dell'automatica nullità delle disposizioni consistono nella possibilità, in seguito alla decorrenza del *Frist*<sup>1564</sup>, di potere comunque garantire la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale in modo tale da "permettere l'adozione di una decisione chiarificatrice"<sup>1565</sup>.

In definitiva, ci può chiedere se la *Fortgeltungsanordnung* in questione sia stata adottata in un caso del tutto emergenziale, ovvero in un momento di pericolo per lo *status* del bilancio<sup>1566</sup>.

Nel caso di specie, non sembra che ci sarebbe stato un rischio grave per le finanze dello Stato, stando, perlomeno, a quanto affermato dal *BVerfG*, il quale ha fatto, al più, riferimento alla specificità della tassa dichiarata incostituzionale, certamente connotata dal peso economico che essa assume nel *Bund*.

Secondo Seer, un effetto retroattivo *ex-tunc* avrebbe avuto la conseguenza "che i debitori fiscali sarebbero stati esonerati dal pagamento a scapito dell'attuale bilancio statale e dei futuri contribuenti"<sup>1567</sup>.

In effetti, il *BVerfG* ha garantito una pianificazione di bilancio alla luce della tutela dei diritti fondamentali che non sono indipendenti dalla pianificazione di bilancio.

Così anche nella già menzionata pronuncia *BVerfGE* 125, 175 - Hartz IV - il *BVerfG* ha ordinato al legislatore di porre in essere una riforma dotata di efficacia solamente *ex nunc*: "l'art. 1, comma 1, LF, in combinazione con l'art. 20, comma 1, LF, obbliga il legislatore a rideterminare le prestazioni retroattivamente per il periodo decorrente dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2005, del Secondo Libro sociale. Secondo la giurisprudenza costante del Bundesverfassungsgericht, il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge fondamentale, se ciò contrasta con la progettazione regolare delle finanze e del bilancio oppure se la situazione costituzionale non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e se pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore per elaborare la novella (cfr. *BVerfGE* 120, 125 [168], con ulteriori riferimenti). Tale principi trovano applicazione anche in relazione alle prestazioni per garantire il minimo esistenziale in discussione [...]. La fissazione retroattiva di eventuali prestazioni maggiori per l'intero periodo decorrente dal 1° gennaio 2005 avrebbe del resto, alla luce del § 48 comma 1, per. 2, n° 1 SGB X, effetti fiscali insostenibili. [...]"

---

hanno applicato il seguente ragionamento sulla decisione del 7.11.2006 (la nota decisione sul *Schenkung und Erbschaftsteuerrecht*).

<sup>1564</sup> Sull'inosservanza del *Frist* si veda C. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitsklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetztechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 164.

<sup>1565</sup> Si veda M. FEICK e T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, cit., 1909.

<sup>1566</sup> Unica ipotesi in cui, secondo la dottrina di Schwindt la *Weitergeltungsanordnung* può giustificarsi; in M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 186.

<sup>1567</sup> Cfr. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, cit., 289. 288.

“Nel caso in cui il legislatore non dovesse tuttavia adempiere all’obbligo di modifica normativa entro il 31 dicembre 2010, una legge adottata oltre tale data troverebbe comunque applicazione già a partire dal 1° gennaio 2011.

“5. Poichè le disposizioni finora vigenti continuano ad applicarsi, ed il legislatore è tenuto solo a rideterminare le prestazioni di regola con effetto pro futuro, i giudizi rimessi non devono rimanere sospesi fino alla nuova normativa del legislatore. Lo stesso vale per altri procedimenti amministrativi e delle corti sociali nei quali si discute sull’ammontare delle prestazioni”.

Ciò chiarito, stante lo sfondo processuale del caso in esame, pare opportuno effettuare una riflessione sull’efficacia irretroattiva della *Unvereinbarkeiserklärung* alla luce della distinzione esistente tra la *konkrete Normenkontrolle*<sup>1568</sup> e la *Verfassungsbeschwerde*.

Rispetto alla *Normenkontrolle*, che, nel caso di specie, interessa le tre questioni di legittimità costituzionale sollevate dal *BFH*, è possibile applicare, in via analogica, il ragionamento effettuato dal Giudice costituzionale italiano nella sent. cost. n. 10 del 2015, laddove, come noto, la rilevanza ha assunto un ruolo solamente in entrata.

Di fatto, il *BVerfG* ha preferito applicare, nella fase “in uscita” del giudizio costituzionale, il principio per cui “chi ha dato, ha dato”.

Ciò determina sicuramente in capo alle parti dei giudizi principali una lesione del diritto di difesa. Parimenti, con riferimento alle due *Verfassungsbeschwerden*, si può disquisire della lesione del diritto dei ricorrenti individuali ad una restituzione dell’indebito.

Nello specifico, considerata l’irretroattività degli effetti della decisione, si potrebbe affermare che il singolo che abbia effettuato un ricorso diretto al Tribunale costituzionale sia leso nella sua specifica posizione di *Beschwerdeführer* nel contesto della *Verfassungsbeschwerde*, finalizzata alla tutela *immediata* della tutela dei diritti fondamentali.

Il *Beschwerdeführer* ha, di fatto, una posizione strutturalmente diversa da quella della parte del processo del giudice *a quo*.

Ci si potrebbe chiedere, pertanto, se l’irretroattività della decisione di incompatibilità incida diversamente a seconda della modalità di accesso al Tribunale costituzionale.

Dal momento che si è già ragionato sulle norme rilevanti con riferimento al controllo normativo operato dal *BVerfG*, si permetta di trattare sinteticamente delle conseguenze dell’adozione della decisione costituzionale sul *Beschwerdeführer*.

Le decisioni di accoglimento adottate nell’ambito dei ricorsi istituzionali sono regolate, quanto ai loro effetti, dal § 95 del *BVerfGG*.

---

<sup>1568</sup> Per una riflessione intorno alla *konkrete Normenkontrolle* si veda K. STERN, *Das Bundesverfassungsgericht und die sog. konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Absatz 1 GG*, in *AöR*, 1966, 223-253.

Esse possono avere come oggetto non solo le decisioni dei giudici ma anche, ai sensi del § 90 I, 93 II, 94 IV, 95 III del *BVerfGG*, le leggi, e accertano la sussistenza della violazione del diritto fondamentale da parte dell'atto o dell'omissione e possono determinare una caducazione dell'atto normativo o individuale<sup>1569</sup>. La legge, come nel caso della *abstrakte* e della *konkrete Normenkontrolle*, può essere dichiarata nulla o, e ciò interessa maggiormente, incompatibile<sup>1570</sup>.

Infine, la sentenza assume efficacia vincolante ai sensi del § 31 II *BVerfGG*<sup>1571</sup>.

Autorevole dottrina ha sostenuto che lo strumento della *Verfassungsbeschwerde*, insieme a quello dell'*amparo* spagnolo, serve “a mettere in primo piano l'esigenza di tutela delle posizioni soggettive del singolo, tutela alla quale consegue l'eliminazione della legge (o dell'atto) incostituzionale. Nel nostro ordinamento, vale normalmente il contrario: la tutela delle posizioni soggettive lese della legge incostituzionale consegue, come effetto secondario, all'eliminazione della legge incostituzionale”.<sup>1572</sup>

Altra insigne dottrina ha posto in evidenza che il Giudice delle leggi che si avvicina al legislatore, ovvero quello che giudica a fronte dell’“autonomia del giudizio costituzionale da quello comune”, impone di qualificare lo stesso Giudice “come garante della costituzionalità dell'ordinamento, attraverso l'eliminazione di leggi incostituzionali”<sup>1573</sup>.

Nonostante il Giudice delle leggi possa assumere diversi volti a seconda della modalità di accesso scelta dal singolo, e nonostante la *ratio* del ricorso diretto presenti, di fatto, delle evidenti differenze rispetto a quello indiretto, occorre comunque mettere in evidenza che, a fronte della modulazione degli effetti temporali delle decisioni, la lesione subita dalle parti non conosce differenze.

Se è vero infatti, che i sistemi di giustizia costituzionale contraddistinti dall'*incidentalità* presentano rilevanti problematiche con riferimento alla recisione del nesso di incidentalità per effetto dell'efficacia *pro futuro*, è altrettanto vero che anche con riferimento ad uno tra i più rilevanti sistemi di accesso al Tribunale costituzionale, la *Verfassungsbeschwerde*, l'esclusione dell'effetto retroattivo incide notevolmente sulla tutela effettiva dei diritti dei singoli<sup>1574</sup>.

---

<sup>1569</sup> Si veda J. LUTHER, *La Verfassungsbeschwerde: mito o meta?*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, (a cura di) A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli Editore, Torino, 2000, 538.

<sup>1570</sup> Ancora, ai sensi del § 35 della legge istitutiva del *BVerfG* attribuisce, come si accennava, al Giudice costituzionale la possibilità di adottare una disciplina transitoria, al fine, come ha sostenuto la dottrina, di “colmare il vuoto creato da una decisione di nullità di una legge”, in Cfr. J. LUTHER, *La Verfassungsbeschwerde: mito o meta?*, cit., 539.

<sup>1571</sup> Così C. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., 313.

<sup>1572</sup> Si veda G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 95.

<sup>1573</sup> In tal senso R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, (a cura di) A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino, 2000, 632.

<sup>1574</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla *Beschwerdefähigkeit* di cui al § 90 Abs. 1 *BVerfGG* e al *Beschwerdebefugnis* di cui all'art. 93 Abs. 1 Nr 4° del GG, § 90 Abs. 1 del *BVerfGG*; quest'ultimo costituisce un vero e proprio criterio di ammissibilità finalizzato alla preclusione del ricorso popolare. Si rimanda, per un maggiore approfondimento sul profilo esaminato, a C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 2015, 76. Per ragioni di spazio non

I requisiti di accesso al giudizio della *Verfassungsbeschwerde*, pur divergendo *strutturalmente* dal meccanismo tipico dell'incidentalità, spingono comunque nella direzione dell'efficacia retroattiva della decisione adottata dal *Bundesverfassungsgericht*.

La *ratio* di fondo, sulla quale è possibile e doveroso discutere al fine di indagare sulle possibili soluzioni di compromesso tra la tutela dell'ordinamento e tutela dell'individuo, è sempre la medesima: se non è possibile ottenere alcun tipo di beneficio dalla *Verfassungsgerichtsbarkeit*, che senso potrebbe avere, allora, il Tribunale costituzionale?

---

si effettuerà una descrizione della *Individualbeschwerde*; si permetta quindi di rinviare ancora a C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 36-134.



## Capitolo IV

### Considerazioni conclusive alla luce dell'esperienza tedesca

**Sommario:** 1. Il rapporto con il legislatore tra l'esperienza italiana e quella tedesca. 2. Il rispetto della discrezionalità legislativa tra l'esperienza italiana e quella tedesca. 3. La necessità di evitare “conseguenze eccessive”: l'esperienza italiana e quella tedesca a confronto. 4. Una nuova dogmatica della “tenuta costituzionale” dell'ordinamento giuridico? Riflessioni sull'esperienza tedesca. 5. Necessità di riforma della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento. Quali modalità?

#### *1. Il rapporto con il legislatore tra l'esperienza italiana e quella tedesca*

Lo scopo del presente capitolo è quello di tracciare un filo rosso tra la giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale e quella del *BVerfG* alla luce dell'analisi di alcuni profili che sembrano “plasmare” la giustizia costituzionale attuale, condizionandone il corretto funzionamento.

In via generalissima, non si può non considerare come, premessa la apertura al legislatore di “una dimensione temporale ‘retroattiva’”<sup>1575</sup>, il contatto tra Corte costituzionale e Parlamento si potrebbe (o, forse, dovrebbe) rivolgere non soltanto al futuro, ma anche anche al passato<sup>1576</sup>, così come (talvolta) accade, di fatto, con riferimento all'esperienza tedesca e, più nello specifico, per mezzo delle decisioni di incompatibilità “pure”.

Tanto chiarito, si è avuto modo di vedere nel corso del secondo capitolo (cfr. parr. 8 - 9.3), che, alla luce del timore di creare “vuoti normativi” e al fine di tutelare la sfera discrezionale del legislatore, la Corte costituzionale ricorre ad alcune strategie decisionali volte a spostare nel futuro il *dies a quo*, così da evitare, temporaneamente, l'adozione di una pronuncia caducatoria<sup>1577</sup>.

---

<sup>1575</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 23.

<sup>1576</sup> M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 23.

<sup>1577</sup> Si tratta, come noto, delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, delle sentenze monitorie e delle sentenze additive di principio, le quali, a differenza delle altre, si muovono nel solco della declaratoria di incostituzionalità.

Tale prassi pone pochi problemi rispetto alla posizione costituzionale dei soggetti coinvolti<sup>1578</sup>, non essendo i diretti destinatari i giudici (con eccezione delle sentenze additive di principio contraddistinte da un principio di natura generale<sup>1579</sup>) e, conseguentemente, le singole situazioni dedotte in giudizio, bensì il legislatore<sup>1580</sup>.

Di qui la problematica relativa al “seguito legislativo”.

L’ord. n. 207 del 2018, come si è avuto modo di vedere, rileva significativamente rispetto all’oggetto del tema in discorso, tramite la quale è stato aperto un canale comunicativo (allo stato attuale, fallito<sup>1581</sup>) con il legislatore<sup>1582</sup> al fine di porre in essere un differimento nel tempo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, presidiato, peraltro, dalla predisposizione di un termine.

La decisione in questione, rispetto alla quale la dottrina ha avuto modo di evidenziare significative problematicità<sup>1583</sup>, è stata qualificata nel senso di una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>1584</sup>; eppure, da un punto di vista squisitamente tecnico se ne allontana, vista l’accennata natura “interlocutoria”<sup>1585</sup>.

Tale modello decisionale, al di là dell’evidente inerzia legislativa, non può non suscitare interesse, in quanto da tempo risulta difficile registrare una gestione del “tempo” coordinata tra il

---

<sup>1578</sup> In questo senso si veda S. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in “Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere”, Giuffrè Editore, Milano 1989, 6.

<sup>1579</sup> Cfr. la nota e problematica sent. n. 170 del 2014; cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 380.

<sup>1580</sup> In tal senso anche D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, 202.

<sup>1581</sup> P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

<sup>1582</sup> Occorre considerare che anche in altre occasioni il Giudice delle leggi ha inteso costruire un dialogo con il legislatore “alla tedesca”: ci si riferisce, nello specifico, alla risalente sentenza meccanismo n. 243 del 1993 e alla più recente sentenza additiva n. 466 del 2002, in occasione della quale la Corte costituzionale ha disposto, ancora una volta, un termine nei confronti del legislatore, peraltro manipolando il requisito della rilevanza (cfr. P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l’indefinito*, in *Giur.cost.*, 2002, 3899) similmente a quanto accaduto con riferimento alla sent. n. 10 del 2015, che si analizzerà sinteticamente al paragrafo n. 5.

<sup>1583</sup> Sul punto, si vedano le numerose relazioni tenute in occasione del Seminario “Dopo l’ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?” svoltosi a Bologna il 27 maggio 2019, che hanno posto in evidenza alcune significative criticità sottese all’ordinanza in discorso: cfr. E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in corso di pubbl. sul *Forum di Quad. cost.*; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l’ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l’ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019. Si veda, ancora, J. LUTHER, *Corte “incappata”?* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019 e F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

<sup>1584</sup> Sul punto si veda C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 4. Ancora, Carnevale ritiene che la pronuncia in discorso differisca dalla ratio delle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata; cfr. P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore*, cit.

<sup>1585</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in [www.foumcostituzionale.it](http://www.foumcostituzionale.it), 2019, 1; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018.

legislatore e la Corte costituzionale; l'assenza di un raccordo tra i due organi costituzionali dà origine ad un meccanismo istituzionale patologico<sup>1586</sup>, laddove, come acutamente osservato dalla dottrina, il Parlamento “scarica” sulla Corte costituzionale il peso di un generale adeguamento alla legislazione<sup>1587</sup>, così incidendo fortemente su alcune “zone” del diritto, quali, ad esempio, la materia elettorale<sup>1588</sup>, la materia penale<sup>1589</sup>, l'ambito relativo alla conoscenza e alle tecniche che impattano sulla scienza<sup>1590</sup>.

L'inerzia legislativa impatta fortemente sul corretto funzionamento della giustizia costituzionale. Emblematica in questo senso è la sent. n. 162 del 2014, in occasione della quale la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, ha sottolineato la portata autoapplicativa della decisione “affermando come non ci fosse alcun bisogno di un intervento del legislatore”: eppure, il seguito è stato problematico, contraddistinto da “situazioni di incertezza” e di “mancata garanzia nell'accesso al trattamento di procreazione con donazione esterna di gameti”<sup>1591</sup>.

Quello che, al contrario, più colpisce rispetto all'esperienza temporalmente manipolativa del *BVerfG* è proprio la sinergia che è andata sviluppandosi con il legislatore, e ciò nell'ottica di rendere operanti “i meccanismi della responsabilità politica nella sede propria, ponendo l'organo legislativo, non il Tribunale costituzionale, di fronte alla ‘domanda sociale’: alle aspettative pressanti di coloro che furono inizialmente privilegiati, e di quanti il *BVerfG* ha giudicato illegittimamente esclusi”<sup>1592</sup>.

L'obbligo di riforma della norma incompatibile da parte del legislatore (cfr. par. 8.1, capitolo III) non costituisce una conseguenza insita nell'illegittimità costituzionale, ma risiede nella Costituzione<sup>1593</sup>.

---

<sup>1586</sup> In questo senso rileva quanto affermato da P. ZICCHITÙ, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, cit., 39 e ss.

<sup>1587</sup> M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 20. In questo senso, la Corte costituzionale è quindi chiamata quindi a fare tutto “da sola”. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 20. Sul punto sono emblematiche le note sentt. nn. 151 del 2009 e 162 del 2014.

<sup>1588</sup> Cfr. le sentt. nn. 1/2014 e 35 del 2017. In tema di materia elettorale e *Unvereinbarkeitserklärungen* si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017.

<sup>1589</sup> Problematica è la mancata riforma del codice penale, la quale si riallaccia al tema (attualissimo) relativo alla crisi della legalità penale. Sul punto si veda, amplius, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2016, 3-10.

<sup>1590</sup> M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 46.

<sup>1591</sup> Sul punto si veda M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 21.

<sup>1592</sup> Sul punto si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 39.

<sup>1593</sup> Cfr. C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996, 140-150, secondo cui esso può essere dedotto dai diritti fondamentali, così come dal principio democratico statuito all'art. 20, par. 1 della Legge Fondamentale. Ancora, esso risiede nel principio dello Stato di diritto e nel legame esistente tra organo legislativo e Costituzione. Tuttavia, come evidenziato dall'Autore, tali principi non obbligano comunque il legislatore all'approvazione di una norma.

Non solo, come si è avuto modo di vedere, vi sono anche ragioni di diritto (squisitamente) processuale: ci si riferisce all'art. 31 I del *BVerfGG*<sup>1594</sup>, il quale rende vincolanti per tutti gli organi costituzionali le decisioni del *BVerfG*, all'art. 31 II *BVerfGG*, che sancisce la forza di legge delle decisioni del Tribunale costituzionale federale, e, ancora, all'art. 35 *BVerfGG*<sup>1595</sup>, che disciplina la possibilità da parte del *BVerfG* di rendere la propria decisione esecutiva secondo modalità prescelte.

Eppure, lo si è visto, il legislatore non può essere costretto, a fronte dell'adozione di una decisione di incompatibilità, a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale, dovendo essere piuttosto i giudici, in caso di inottemperanza da parte del Parlamento, a decidere in senso costituzionalmente conforme<sup>1596</sup> (dando così luogo, chiaramente, ad una rilevante violazione del principio di uguaglianza): come affermato da larga parte della dottrina, non esistono in capo al Tribunale costituzionale federale mezzi volti ad obbligare concretamente il legislatore ad una riforma della norma incompatibile che vadano oltre al tenore di cui all'art. 35 del *BVerfGG*<sup>1597</sup>.

In ogni caso, e ciò occorre ribadirlo, il legislatore tedesco è tenuto ad un vero e proprio obbligo di riforma della norma dichiarata incompatibile.

E tuttavia, come chiaramente posto in evidenza in uno studio in larga parte dedicato alle decisioni temporalmente manipolative tedesche pubblicato il 31 dicembre 2018 sul sito del Servizio Studi della Corte costituzionale,<sup>1598</sup> sembra inidoneo fare riferimento ad un'inerzia legislativa.

In esso si afferma, in buona sostanza, che il rapporto tra il *BVerfG* e legislatore è talmente disteso, che la problematica relativa alle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine non è diffusamente affrontato in letteratura<sup>1599</sup>.

---

<sup>1594</sup> “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”.

C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., 150. Cfr. anche E. BENDA - E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*, cit., 515.

<sup>1595</sup> Il quale recita: “Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln”. C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 338, critici rispetto all'identificazione di tale fondamento per quanto riguarda la vincolatività delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

<sup>1596</sup> Si veda C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 335.

<sup>1597</sup> M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagesgesetz*, in *NVwZ*, 1982, 665. Similmente A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt/M., 1979, 162; secondo Hein, il *BVerfG* potrebbe adottare una sentenza di nullità; tuttavia, non avrebbe avuto allora alcuna *ratio* la rinuncia della *Nichtigkeitserklärung* sin dalla “prima” pronuncia. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988, 178-179. Peraltro, è capitato che il *BVerfG* dovesse sollecitare il legislatore per più di una volta; cfr. la nota pronuncia “Beamtenkinder”, *BVerfGE* 99, 300. Esiste però la possibilità, come affermato da Parodi, di esperire il ricorso diretto popolare da parte dei soggetti danneggiati dal ritardo o dall'inerzia del legislatore. Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 41.

<sup>1598</sup> T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2018.

<sup>1599</sup> T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 32.

Inoltre, e ciò pare significativo, se il legislatore non interviene a seguito dell'adozione di una sentenza monitoria, la c.d. *Appellentscheidung*, la successiva adozione di una decisione di incompatibilità, nella logica del meccanismo della doppia pronuncia, diviene oggetto di seguito “legislativo”.

Sul punto rileva la (analizzata) sentenza in tema di tassazione sui beni immobili (cfr. par 9, capitolo III).

La Große Koalition ha infatti trasmesso il 27 giugno 2019 alle commissioni competenti tre progetti di legge<sup>1600</sup> in punto di riforma della Grundsteuer; allo stato attuale, peraltro, il governo ha promesso una riforma che sarà contraddistinta da semplificazioni<sup>1601</sup>.

Ancora, un esempio recente che può essere richiamato al fine di dimostrare l'attivismo che caratterizza il Parlamento tedesco riguarda la decisione, pubblicata il 10 ottobre 2017, con cui il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge anagrafica tedesca, per contrasto con l'articolo 2, comma 1, in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1 e con l'articolo 3, comma 3 della Costituzione, nella parte in cui non consente, alle persone che lo richiedano, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un “terzo sesso”, distinto da quello maschile e femminile (cfr. par. 7.1, capitolo III).

Come si è avuto modo di vedere, il legislatore, chiamato ad intervenire entro il 31 dicembre 2018, ha approvato il 14 dicembre 2018 una legge costituzionalmente conforme a Costituzione, la “*Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*”, la quale prevede la possibilità, per le persone intersessuali, di identificarsi come appartenenti ad un terzo genere denominato “*divers*”, diverso quindi da quello maschile e femminile.

In definitiva, una forma di governo stabile, rispettosa delle funzioni e delle competenze dei relativi organi costituzionali, non soffre di vistose manchevolezze insite nella (non) attività legislativa.

Come si è avuto modo di vedere, un legislatore assente può comportare un giudice “creativo”, così come una Corte costituzionale del tutto “innovativa”; fenomeni forieri, come si è avuto modo di vedere, di forti critiche.

---

<sup>1600</sup> <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/110/1911084.pdf>;  
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/110/1911085.pdf>;  
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/110/1911086.pdf>.

<sup>1601</sup> <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw26-de-grundsteuer-648982>.

## 2. Il rispetto della discrezionalità legislativa tra l'esperienza italiana e quella tedesca

Come già ampiamente riportato del corso della seconda parte del secondo capitolo, tanto da non necessitare di ulteriori specificazioni nella presente sede, la Corte costituzionale, dinnanzi all'esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa, ha adottato, nel corso del tempo, le sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa<sup>1602</sup> e le sentenze monitorie<sup>1603</sup>; non solo, anche le decisioni additive di principio sono volte al rispetto dello spazio discrezionale dell'organo costituzionale detentore del potere legislativo, e ciò "in presenza di lacune normative reali (non apparenti)"<sup>1604</sup>.

La recente ord. n. 207 del 2018 viene, nel caso di specie, ancora una volta in aiuto<sup>1605</sup>.

La Consulta ha affermato, nel cons. in dir. 11: *"In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015)"*.

La Corte costituzionale ha di fatto affermato che la *reductio ad legitimitatem* dell'art. 580 c.p. necessita di un bilanciamento (delicatissimo) che necessariamente spetta al legislatore; e tuttavia,

---

<sup>1602</sup> Come ha avuto modo di affermare la dottrina, il Giudice costituzionale di fatto oscilla tra un *self restraint* nei confronti del legislatore e operazioni di natura manipolativa "che pur apparentemente contenute e rispettose della discrezionalità legislativa (cfr. la sent. n. 236 del 2016), in realtà risultano problematiche nell'impatto ordinamentale. Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 19.

<sup>1603</sup> Cfr. sul punto M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2010. Si veda, inoltre, la Relazione dell'attuale Presidente della Corte costituzionale Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, il quale ha affermato che "si tratta di una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade"; cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, cit., 10.

Forse una delle più attuali e significative è rappresentata dall'ord. n. 17 del 2019, ove peraltro la Corte costituzionale ha manifestato la sua vera natura, cioè a dire quella di essere un Giano Bifronte; cfr. O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 6; sul punto si veda inoltre G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019. (E qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 11-12, il quale mette in luce la vicinanza tra l'ord. n. 207 del 2018 con la pronuncia in discorso, affermando che "ai lettori più accorti dell'ordinanza in esame sarà così tornato alla mente il discorso della modulazione temporale degli effetti delle sentenze, un vecchio pallino degli studiosi che cela in realtà un'ambizione che accomuna i tribunali costituzionali d'Italia e Spagna nella loro spinta verso il riconoscimento (eventualmente anche per via autonoma) di quel potere già ormai consolidato nella panoplia a disposizione delle corti di lingua germanica". Ancora, emblematica del problematico rapporto tra Corte costituzionale e legislatore è la saga sul cognome materno, culminata con la sentenza n. 286 del 2016. Sul punto si veda la lettura consegnataci da Zanon, in N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2017, 7-10.

<sup>1604</sup> Cfr. V. MARCENO'-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018, 241.

<sup>1605</sup> Non a caso, con riferimento al rapporto tra sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa, tale pronuncia corrisponde ad un approdo storico, corrispondente, di fatto, al passaggio dell'utilizzo dei moniti a quello dell'innovativa tecnica dell'"incostituzionalità prospettata", così C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2019.



la normativa non conforme a Costituzione, se lasciata in vita, avrebbe determinato la violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Pertanto, il Giudice delle leggi ha inteso unire la dimensione relativa al rispetto della discrezionalità legislativa con quella della necessaria esigenza di intervenire sulla norma viziata, bloccandone, *de facto*, l'applicazione in casi specificamente individuati nella stessa ordinanza.

D'altra parte, lo si è visto, il meccanismo sotteso all'ordinanza in discorso offre rilevanti analogie con le decisioni di incompatibilità pure<sup>1606</sup>: si tratta, nello specifico, del “blocco” dell'applicazione della norma non conforme a Costituzione e della previsione di un termine in capo al legislatore.

Si è avuto modo di vedere nel corso del terzo capitolo che le decisioni di incompatibilità sono proprio state utilizzate al fine di rispettare la discrezionalità del legislatore a fronte dell'accertata violazione del principio di uguaglianza, in modo tale da permettere al *BVerfG* di trasferire di fatto all'organo legislativo il compito di provvedere all'eliminazione del vizio di legittimità costituzionale<sup>1607</sup>.

Ebbene, con riferimento all'esperienza italiana, l'adozione delle sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa avviene, *mutatis mutandis*, in occasione di una pluralità di soluzioni individuabili dal solo legislatore<sup>1608</sup> al fine di ripristinare la legalità violata<sup>1609</sup>.

Allo stesso modo, occorre considerare che l'adozione della decisione di incompatibilità da parte del *BVerfG* dinanzi a omissioni legislative<sup>1610</sup> non può non rivelarsi strettamente connessa con l'esigenza di trasferire sul legislatore l'opera di espunzione della norma incostituzionale secondo una logica di rimozione “congiunta”, così come accade con riferimento alle sentenze additive di principio, le quali necessitano *strutturalmente* dell'intervento del legislatore<sup>1611</sup> per estrinsecare i propri effetti.

Pertanto, è ciò non è da sottovalutare, un raccordo con il legislatore che si collochi tra l'esigenza di non intervenire in spazi preclusi alla Corte e che incentivino la stessa a svolgere il proprio

---

<sup>1606</sup> Sulla vicinanza dell'ordinanza in questione alle decisioni di incompatibilità cfr. M. D'AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019, 4-6; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.cortisupremesalute.it](http://www.cortisupremesalute.it), 2018, 8 e ss; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>1607</sup> G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002, 18. Si veda sul punto anche G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 67.

<sup>1608</sup> Si considerino, solo a titolo di esempio, la sent. n. 138 del 2010, la sent. n. 109 del 1986 e la sent. n. 61 del 2006. Non può essere sottaciuta la somiglianza con quanto affermato dal *BVerfG* in occasione dell'accertata e dichiarata violazione del principio di uguaglianza: “*Hier kommt jedoch nur eine Unvereinbarkeitserklärung in Betracht, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Benachteiligung der Betroffenen zu beseitigen*”.

<sup>1609</sup> Come noto, allo stato attuale la Corte si mostra più restia ad adottare decisioni di inammissibilità; cfr. G. LATTAZZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Corte costituzionale-Servizio Studi, 2019, 14.

<sup>1610</sup> Cfr. C. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 327; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 207.

<sup>1611</sup> Significativa sotto questo angolo prospettico è la sentenza n. 243 del 1993, provvista, come si è avuto modo di vedere, di un termine in capo al legislatore.

ruolo di “Custode della Costituzione” risulta del tutto necessario nella materia penale, rispetto alla quale, come noto, vige il principio di cui all’art. 25 II Cost.

Se da un lato le sentenze additive di principio, di fatto, non hanno trovato molta fortuna<sup>1612</sup>, le sentenze di inammissibilità in materia penale<sup>1613</sup> presentano la “strettoia” di lasciare vivere nell’ordinamento la norma incostituzionale fino ad un (futuro ed eventuale) intervento del legislatore.

Per questo motivo, come suggerito dalla dottrina, potrebbe essere utile guardare al modello delle decisioni di incompatibilità, le quali sono state ampiamente oggetto di adozione in materia penale<sup>1614</sup>, soprattutto nella forma integrata dalla c.d. *Fortgeltungsanordnung* (par. 7.4, capitolo III). E in effetti, quello che emerge dalla recente giurisprudenza costituzionale italiana è proprio il tentativo di costruire un nuovo modello di relazione con il legislatore (cfr. l’ordinanza n. 207 del 2018)<sup>1615</sup> nella delicata materia penale.

Pertanto, e ciò sembra rilevare, se è vero che in alcune ipotesi l’intervento del Giudice costituzionale non può non condurre, di fatto, a risultati peggiorativi, e ciò alla luce del fatto che gli effetti in *malam partem* talvolta sembrano derivare *de plano* dalla “necessaria conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità”<sup>1616</sup>, oppure qualora manchi una soluzione costituzionalmente obbligata e tuttavia il Giudice costituzionale interviene individuando “una delle (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema”<sup>1617</sup>, forse anche rispetto ai casi in discorso potrebbe rivelarsi del tutto utile l’attivazione di un rapporto di collaborazione con il legislatore, *nel solco* dell’intervenuta declaratoria di incostituzionalità.

### 3. La necessità di evitare “conseguenze eccessive”: l’esperienza italiana e quella tedesca a confronto

Le possibili *rationes* che hanno condotto il Giudice delle leggi italiano ad intervenire sul dato temporale dei propri effetti sono, come noto, l’esigenza di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici, sia nella forma della tutela di funzioni pubbliche essenziali, sia in quella della necessità

---

<sup>1612</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [www.rivistaatic.it](http://www.rivistaatic.it), 2016, 21.

<sup>1613</sup> Cfr. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, cit., 14.

<sup>1614</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 21.

<sup>1615</sup> LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, cit., 14.

<sup>1616</sup> M. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, cit. Cfr. sent. n. 236 del 2018 e sent. n. 37 del 2019.

<sup>1617</sup> Cfr. sent. n. 222 del 2018, in cui rileva la discrezionalità del legislatore in quanto è stato chiamato ad intervenire al fine di adottare un trattamento diverso, e la recentissima sent. n. 40 del 2019, ove “pur restando ovviamente possibile una diversa scelta del legislatore [questa Corte ndr] ha individuato nell’ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale per «la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, di cui all’art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all’art. 27 Cost.» Cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, cit., 18.

di escludere di “arrecare gravi pregiudizi al buon andamento della funzione giudiziaria o amministrativa e l’esigenza di precludere la formazione di gravi lesioni del bilancio pubblico (cfr. par. 5 cap II).

Tanto premesso, non si può non rilevare la rilevanza assunta dalla sent. n. 10 del 2015, in occasione della quale, nell’affermare che “è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l’affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro”, la Corte costituzionale ha affrontato per la prima volta la questione relativa alla modulazione degli effetti delle proprie pronunce<sup>1618</sup>, uscendo, così, allo scoperto<sup>1619</sup>, così manifestandosi una forte tensione tra il bilanciamento dei valori costituzionali e la rigidità del dato temporale degli effetti delle pronunce dell’organo di giustizia costituzionale<sup>1620</sup>, decisamente critica in punto di rapporto con il giudice *a quo*<sup>1621</sup>.

Come sopra accennato, il *BVerfG* adotta, al fine di evitare che dalla sentenza di nullità derivino conseguenze “eccessive”, le decisioni di incompatibilità integrate dall’ordine della *weitere Anwendbarkeit* o da una disciplina transitoria individuata dallo stesso, e questo al fine di prevenire lacune normative o di preservare la certezza del diritto<sup>1622</sup>.

Interessante notare, peraltro, che la necessità di evitare il vuoto normativo (il c.d. *rechtliches Vakuum*) contraddistingue anche le decisioni di incompatibilità “pura”, le quali si sostituiscono alla sentenza di nullità sulla base dell’argomentazione consequenzialista.

Eppure, afferma attenta dottrina italiana, lo stesso blocco di applicazione della norma dichiarata incompatibile è suscettibile di creare un vuoto normativo (connotato - come intuibile - non dall’espunzione dall’ordinamento giuridico della norma non conforme a Costituzione, ma dalla sospensione del processo)<sup>1623</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, nella giurisprudenza recente, il *BVerfG* ha individuato anche il *topos* applicativo della pianificazione finanziaria ed economica al fine di giustificare l’ordine di validità “ulteriore” della norma dichiarata incompatibile<sup>1624</sup> (cfr. par. 7.5, cap III); e in effetti, dal momento che, nella maggior parte dei casi in questione, l’efficacia della declaratoria di incompatibilità assume efficacia meramente *ex nunc*<sup>1625</sup>, in particolare a partire dal momento in

---

<sup>1618</sup> S. PANIZZA, *L’argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>1619</sup> Cfr. A. A. DEMMING, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015.

<sup>1620</sup> Cfr. I. CIOLLI, *L’art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>1621</sup> Cfr. V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2016, 2.

<sup>1622</sup> C. SCHLAICH-S. KORIOH, *Bundesverfassungsgericht*, cit., 331. Cfr. *BVerfGE* 141, 143.

<sup>1623</sup> Cfr. in questo senso G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 69.

<sup>1624</sup> Sul punto si veda K. SCHALICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 333.

<sup>1625</sup> Trattandosi della c.d. *endgültige Weitergeltungsanordnung*, cfr. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung*

cui entra in vigore la normativa individuata dal legislatore sulla base della c.d. *Nachbesserungspflicht*, l'individuazione del campo applicativo appena menzionato non deve sorprendere.

Pertanto, ampie sono le analogie con la sentenza n. 10 del 2015, in cui la Corte costituzionale ha chiaramente affermato di sacrificare il nesso di incidentalità al fine di preservare il principio di equilibrio di bilancio, esattamente come accade, di regola, con riferimento alla variante della decisione di incompatibilità in discorso, ove la recisione del nesso di incidentalità (o la mancata soddisfazione dei ricorrenti diretti nel caso della *Verfassungsbeschwerde*) cede il passo a quella che è stata definita *l'ottimizzazione* costituzionale, vale a dire la tutela di opzioni valoriali costituzionalmente rilevanti<sup>1626</sup>; certamente, tale tecnica decisionale potrebbe apparire, nei fatti, come una perpetuazione del torto rispetto al caso “singolo”<sup>1627</sup>.

Pare, quindi, che il fondamento di una simile *summa iniura* per quanto attiene il piano degli *iura* sia dovuta all'esigenza di garantire la continuità dell'ordinamento giuridico<sup>1628</sup>, che, se nell'esperienza tedesca costituisce (nonostante l'esistenza della c.d. *konkrete Normenkontrolle* e della *Verfassungsbeschwerde*) oramai una prassi consolidata, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano presenta rilevanti difficoltà, non essendovi alcun fondamento normativo in tal senso: la Corte costituzionale, pertanto, ha agito non solo *praeter*, ma anche *contra legem*.

Nonostante la prassi della *weitere Anwendbarkeit* della norma incompatibile costituisca oramai quasi *ius receptum*, anche alla luce dell'efficiente intervento tempestivo del legislatore - necessario perché il meccanismo sotteso al presente modello decisionale possa svolgere la propria funzione, tuttavia non è possibile affermare che essa vada esente da critiche, soprattutto con riferimento a due profili: da un lato, soprattutto nel settore economico-fiscale, il legislatore è portato, a fronte dell'efficacia *ex nunc* di un'eventuale sentenza di incompatibilità, ad approvare norme senza porvi la dovuta attenzione “costituzionalmente orientata”<sup>1629</sup>; dall'altro, il sacrificio del singolo dovrebbe essere controbilanciato, almeno, da un impianto motivazionale ben argomentato e strutturato, caratteristica invece del in parte assente nelle pronunce di incompatibilità in discorso<sup>1630</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, quindi, il rischio è che l'adozione di tale tecnica decisionale dia luogo ad una forma rilevante di incertezza del diritto, atteso che talvolta il *BVerfG* omette di dettagliare le conseguenze derivanti dalla propria *Tenorierung*. Quanto appena descritto

---

*steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar, Köln, 2014, 219. Si consideri, ad esempio, la nota sentenza *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175).

<sup>1626</sup> Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, 173.

<sup>1627</sup> M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 221.

<sup>1628</sup> Cfr. in questo senso C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008, 32.

<sup>1629</sup> Sul punto si veda M. T. RÖRIG, *Germania*, cit., 36-37.

<sup>1630</sup> P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in *ZRP*, 2009, 86.

risulta ancora più grave se si considera che, ad oggi, le decisioni di incompatibilità non hanno ancora un fondamento giuridico che possa dirsi soddisfacente; *a fortiori* tale ragionamento dovrebbe essere pertanto sviluppato intorno alle decisioni di incompatibilità contraddistinte dalla *weitere Anwendbarkeit* o da una disposizione transitoria, lesive (quando dotate di efficacia *ex nunc*) del diritto di difesa e della *ratio* sottesa ad un suo azionamento.

Tuttavia, è innegabile che una soluzione equilibrata richieda comunque l'ipotesi di considerare l'introduzione nell'arsenale decisionale della Corte costituzionale delle decisioni di incompatibilità nel caso in cui siano in "discussione questioni che hanno rilevanti ricadute economiche per il bilancio dello stato e per i diritti dei contribuenti e dei cittadini delle diverse generazioni", lasciando all'organo detentore del potere legislativo di trovare una risposta costituzionalmente conforme entro un termine preciso, "scaduto il quale gli effetti ablativi possano comunque prodursi"<sup>1631</sup>.

#### 4. Una nuova dogmatica della "tenuta costituzionale" dell'ordinamento giuridico? Riflessioni sull'esperienza tedesca

L'alto tasso di politicità insisto nella manipolazione temporale operata tramite l'adozione delle *Unvereinbarkeitserklärungen* seguita dalla previsione di una riforma avente efficacia solamente *pro futuro*<sup>1632</sup> costituisce un dato di fatto certamente criticabile alla luce della visione del Tribunale costituzionale quale funzione di Guardiano, a monte e a valle, degli *iura*<sup>1633</sup>.

Voci dottrinali auspicano un uso cauto e parsimonioso delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, affermando l'esigenza che il *BVerfG* non crei ulteriori eccezioni dal principio della nullità *ex tunc*<sup>1634</sup>.

Più in generale, è stato affermato che allo schema decisionale in esame è vicina la "teoria costitutiva", rispetto alla quale i giudici costituzionali non solo riconoscono e utilizzano principi

---

<sup>1631</sup> Cfr. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 16.

<sup>1632</sup> In questo senso, C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 33, il quale fa riferimento ad "un *actus contrarius* all'atto del legislatore dell'organo legislativo eletto, il quale ha effetto *ex-nunc*". funzione di Guardiano, a monte e a valle, degli *iura*.

Eppure, qualche Autore si è spinto ad affermare che lo *status* costituzionale, cioè a dire ciò che può dirsi costituzionale, conosce nella dimensione del diritto tributario una diversa dimensione valutativa: "un armamentario di decisioni processual-costituzionalistico che voglia dirsi un modello vicino alla realtà deve partire dalla considerazione per cui lo *status* di costituzionalità nel diritto tributario in svariati ambiti non è sufficientemente riconoscibile in modo diffuso ed *ex ante* sia da parte di coloro i quali sono tenuti al pagamento del tributo sia dal legislatore stesso. Così C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 32.

<sup>1633</sup> Così C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 32.

<sup>1634</sup> La dottrina di Hey pare quindi improntata ad un alto grado di cautela rispetto alla manipolazione del dato temporale delle decisioni di incostituzionalità. Cfr. J. HEY, *Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der körpers- und gewerbesteuerlichen Organschaft – zugleich ein Plädoyer für einen sparsamen Umgang mit Unvereinbarkeitserklärungen*, cit., 1283.

costituzionali nelle proprie sentenze [...]” ma utilizzano strumenti “che in realtà hanno creato da sè”<sup>1635</sup>.

Se per la controversa ammissibilità di un ordine di applicazione della norma incostituzionale che fa da sfondo ad una riforma esclusivamente *pro futuro* della norma, come si è visto, è richiesta una solida ragione di natura eminentemente costituzionale, e di ciò dibatte vivacemente la dottrina tedesca, la possibilità di ammettere una regolamentazione transitoria accompagnata dalla successiva garanzia del diritto di difesa appare, di fatto, più semplice.

Come ha avuto modo di affermare la dottrina italiana infatti, una volta chiarito che il Giudice delle leggi non può declinare la sua “corresponsabilità” nell’esito del giudizio che ha occasionato la sua decisione e degli altri nei quali è stata sollevata la questione”<sup>1636</sup>, trattandosi di una “cooperazione giudiziaria”<sup>1637</sup> necessaria fra la stessa Corte e i giudici comuni, è da ritenersi comunque ammissibile il “potere di regolamentazione transitoria del giudice costituzionale”<sup>1638</sup>. Infatti, l’applicazione temporanea della norma incostituzionale rientra tra poteri di cui gode il Tribunale costituzionale se finalizzata a garantire “l’armonica unità di azione dello Stato”<sup>1639</sup>.

Il principio della separazione tra poteri è certamente incrinato dalla presenza di un potere di regolamentazione del Giudice delle leggi; tuttavia, se si ragiona del suddetto principio in senso “lato”, allora ci si potrà ravvedere della possibilità di approdare alla considerazione per cui la necessità di realizzare a pieno titolo l’esercizio delle attribuzioni cui gode il Tribunale costituzionale non può che condurre, in casi eccezionali, alla “sopravvivenza” temporanea della norma incostituzionale<sup>1640</sup>: di qui la *ratio* del *Frist* tedesco, il quale segna il perimetro di operatività dell’incostituzionalità, onde esercitare “solamente” un’interferenza provvisoria nel campo di azione del legislatore<sup>1641</sup>, e ciò al fine di individuare il “punto di minore sofferenza”<sup>1642</sup>.

---

<sup>1635</sup> In tal senso si è espresso C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 32.

<sup>1636</sup> Così A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 530.

<sup>1637</sup> Come correttamente posto in evidenza da A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 530.

<sup>1638</sup> Si veda ancora A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 530.

<sup>1639</sup> Proprio questo sembra essere, di fatto, il principio che il BVerfG intende applicare mediante l’adozione delle Unvereinbarkeitserklärungen; A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 529.

<sup>1640</sup> In questo senso chi scrive ritiene di sottoscrivere la tesi di A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 528.

<sup>1641</sup> In effetti, una *Fortgeltungsanordnung* sguarnita di un perimetro temporale (soprattutto in seguito all’inosservanza del legislatore del primo *Frist*) è stata oggetto di attenzione, seppur con riferimento ad altri casi; M. FEICK e T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, cit., 1908.

<sup>1642</sup> Così R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993, 108.



In termini ancora più generali, la disposizione della validità “ultrattiva” della norma potrebbe consistere nell’espressione della possibilità, da parte del Tribunale costituzionale, di tutelare *funditus* la Costituzione<sup>1643</sup>, evitando così di formare un *vulnus* nell’ordinamento giuridico<sup>1644</sup>.

Può tale interferenza temporanea rappresentare lo sviluppo di un rapporto “teso” tra *BVerfG* e legislatore? La risposta dipende, evidentemente, dagli ambiti di intervento presi in considerazione<sup>1645</sup>.

Secondo alcuni, proprio la tutela dell’ordinamento giuridico nel suo complesso andrebbe a giustificare, anche in rapporto alla discrezionalità legislativa, la previsione di regolamentazioni transitorie regolamentate nel loro contenuto, e ciò qualora né l’adozione della decisione di nullità né la disposizione della “semplice” *Fortgeltungsanordnung* possa rimediare alla gravità del contrasto costituzionale determinatosi<sup>1646</sup>.

Infatti, l’appena menzionata potenzialità intrinseca nell’art. 35 del *BVerfGG* sarebbe opportunamente dispiegata nel caso in cui il legislatore non abbia svolto il proprio dovere di rispettare una precedente sentenza dello stesso e nel caso in cui vi fosse l’esigenza di dare esecuzione immediata ad una decisione costituzionale<sup>1647</sup>.

In effetti, le “clausole di salvaguardia” dell’ordinamento costituzionale in casi eccezionali o emergenziali non sono del tutto sconosciute agli stessi ordinamenti; basti pensare, appunto, alla *ratio* delle disposizioni transitorie<sup>1648</sup>.

Certamente, come si è avuto modo di problematizzare a più riprese nel presente lavoro, un conto è disporre una regolamentazione transitoria accompagnata dalla mera efficacia *pro-futuro*, un altro è ammettere una saldatura tra tutela del diritto di difesa dei singoli e tutela dell’unità ordinamentale.

Nella prassi tuttavia, accade spesso che il *BVerfG* pratichi la prima soluzione prospettata<sup>1649</sup>; sussiste certamente il rischio di mascherare il proprio ruolo di “giudice della opportunità”<sup>1650</sup>

---

<sup>1643</sup> Secondo Roth, il *BVerfG* non sarebbe legittimato, nonostante il suo ruolo di *Hüter der Verfassung*, a porsi al di sopra della legge, in W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, cit., 488.

<sup>1644</sup> Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, cit., 455.

<sup>1645</sup> In questo senso cfr. Cfr. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung, WD 3- 3000 – 119/17, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Deutschem Bundestag und Bundesverfassungsgericht*, cit., 8 e ss.

<sup>1646</sup> Si veda W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, cit., 473-474.

<sup>1647</sup> In questo senso, si veda Cfr. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung, WD 3- 3000 – 119/17, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Deutschem Bundestag und Bundesverfassungsgericht*, cit., 13.

<sup>1648</sup> Sul punto di veda A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 527, che richiama, alla nota 18, l’autorevole dottrina di Rescigno; è opportuno altresì un rinvio a P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., 76 e ss.

<sup>1649</sup> A tal proposito, si vedano gli esempi della sentenza sull’*Erbschaftsteuer* del 2014 e sul *Grundfreibetrag* del 1992; ancora, cfr. la decisione del 10 novembre 1998 - 2 BvR 1057/91.

<sup>1650</sup> Sulla contrapposizione tra il ruolo del Giudice della legittimità delle leggi e del Giudice di legittimità si rinvia a N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978.

della legge con esigenze di natura costituzionale, talvolta, in verità, non facilmente individuabili<sup>1651</sup>; d'altra parte però, anche la Corte costituzionale italiana conosce, pur consapevole delle problematicità ad essa riferibili, una tecnica simile: basti pensare alla tanto criticata sent. cost. n. 10 del 2015 o anche alla sent. cost. n. 1 del 2014, descritta quale “un’operazione di ‘assemblaggio di disposizioni estraniare dal loro originario senso, tanto da meritare l’appellativo di ‘*Consultellum*’.”<sup>1652</sup>

Quanto riferito sancisce l'impossibilità di negare che vi sia una “pragmatica” tendenza comune ai vari sistemi di giustizia costituzionale<sup>1653</sup>, ovverosia quella di rendere “più flessibile” il sistema degli effetti caducatori delle decisioni di incostituzionalità<sup>1654</sup>.

Non si può omettere di considerare che la graduazione nel tempo della flessibilizzazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità pare avere trovato, in seno ai diversi Tribunali costituzionali, soluzioni diverse, e ciò a seconda del regime di efficacia individuato; quello che pare essere, comunque, un tema trasversale con riferimento al panorama della giustizia costituzionale dei Paesi europei è ciò che autorevole dottrina, decenni fa, ha definito nel senso dell'importanza di “ricercare inedite forme di equilibrio e coordinamento tra eliminazione e produzione di norme, cioè tra l'esigenza di eliminare leggi incostituzionali, da un lato, e, dall'altro, la necessità di preservare il diritto da quella discontinuità che ne metterebbe in forse il carattere di ordinamento giuridico”<sup>1655</sup>.

Giustamente la dottrina si è interrogata sul limite insito nella classificazione tradizionale delle tipologie decisionali esistenti, ragionando sulla connotazione sempre più flessibile delle pronunce, “coerente con lo sviluppo dello Stato italiano contemporaneo e con l'accresciuto ruolo che in esso riveste la giurisdizione (specie quella costituzionale), quale fonte giuridica sostanzialmente concorrente alla legislazione anche negli ordinamenti – come quelli dell'Europa

---

<sup>1651</sup> Quanto detto suggerisce una riflessione sulla teoria dell'“avvicinamento” di una norma alla Costituzione, la quale conosce un'ampio margine di discrezionalità in capo al *BVerfG*; per un'analisi approfondita si rimanda all'autorevole dottrina di P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der “Annäherung” an den verfassungsgewollten Zustand*, in *DÖV*, 721-725.

<sup>1652</sup> Così suggestivamente A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., 531.

<sup>1653</sup> E, peraltro, della stessa Corte di Giustizia; sul tema, si veda H. SCHMITZ e P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, cit., 479 e ss.

Emblematico è il caso *Kadi*. A tal proposito si rinvia a L. CAPPUCCIO-G. MARTINICO, *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, cit., 292-294.

<sup>1654</sup> Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, cit., 445.

Ad esempio, emblematica è la sentenza costituzionale francese del 28 maggio 2010, n. 2010-1 QPC, in occasione della quale il *Conseil Constitutionnel*, al fine di evitare che dalla declaratoria di incostituzionalità non derivasse alcun tipo di effetto utile nei confronti delle parti, ha manipolato il dato temporale degli effetti.

<sup>1655</sup> Così P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit. 83-84.

continentale – fondati sulla preminenza storica e dogmatica del diritto di produzione politica sul diritto di matrice giurisprudenziale”<sup>1656</sup>.

Ciò detto, è pacifica, comunque, la necessità di contemperare le esigenze del *summum ius* evitando, laddove possibile, di vanificare la tutela dei singoli.

Qualora *eccezionali* e *atipiche* ragioni di natura *eminentemente* costituzionale impongano l’azzeramento dell’efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, allora pare dirimente che la Corte costituzionale eserciti un vero e proprio dovere-potere di motivazione scevro di imprecisioni, come, e ciò occorre riconoscerlo, nel caso di specie.

Un generico richiamo al benessere comune, finalizzato al contemperamento dell’efficacia *ex tunc*, come era stato proposto dalla fallita riforma dell’art. 79 del *BVerfGG* nel 1970, potrebbe infatti esporre il *BVerfG* a forti critiche<sup>1657</sup>, stante la possibilità da parte di quest’ultimo, a fronte dell’assenza di una qualsivoglia circoscrizione di tale categoria, di declinare il benessere comune con un eccessivo margine di discrezionalità<sup>1658</sup>.

In definitiva, se è vero che “il governo” degli effetti del Tribunale costituzionale può determinare una compressione della tutela della posizione giuridica dei singoli<sup>1659</sup>, è anche vero, stando ad un’autorevole dottrina esperta dell’ordinamento giuridico tedesco, che “l’armamentario delle pronunce e dei rimedi, che la Corte può utilizzare a scopi di *tutela*<sup>1660</sup>, è ricco e svariato<sup>1661</sup> [...]”. La giurisprudenza della Corte tedesca, in oltre quaranta anni di lavoro ha offerto una protezione ferma ed efficace a un ventaglio ampio di libertà e di diritti, non retrocedendo di fronte alla prospettiva di conflitti con governo, Parlamento, Länder”.

La modulazione degli effetti delle pronunce consente l’adozione di una pronuncia di incostituzionalità “anche laddove una semplice caducazione risulterebbe eccessiva per le conseguenze che produrrebbe nel sistema”<sup>1662</sup>; certamente si ravvisa, comunque, la necessità di

---

<sup>1656</sup> In tal senso C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, 166.

<sup>1657</sup> Di qui, la critica avanzata all’impianto motivazionale architettato dal *BVerfG* nella decisione BVerfGE 91, 186 [207] – Kohlepfennig) in C. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., 336.

<sup>1658</sup> In tal senso la dottrina di J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, cit., 594.

<sup>1659</sup> Sul punto si veda M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 185-186, il quale non ammette la possibilità di prevedere decisioni di incompatibilità aventi efficacia meramente *pro futuro*, nonostante ritenga comunque ammissibile, entro limiti molto rigidi, la previsione della *Weitergeltungsanordnung*, e ciò alla luce del fondamento dell’“estensione teleologica”.

<sup>1660</sup> Corsivo di chi scrive.

<sup>1661</sup> Sulla rilevanza del Tribunale costituzionale tedesco nell’attività di tutela dei diritti fondamentali si veda W. RUPP-V. BRÜNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, in *AöR*, 1977, 23. Quanto al ruolo del *BVerfG* da intendersi nel senso del motore della costituzionalizzazione e, quindi, della tutela diretta dei diritti fondamentali, si veda M. JESTAEDT, *Eine deutsche Perspektive*, in (a cura di J. MASING, O. JOUANJAN) *Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 44-46.

<sup>1662</sup> Così si esprime S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2016, 261.

attribuire sul piano legislativo o costituzionale al *BVerfG* il potere di gestire gli effetti delle proprie pronunce<sup>1663</sup>.

##### 5. *Necessità di riforma della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento. Quali modalità?*

Tanto chiarito, giungendo alla tesi finale del presente elaborato, è innegabile che l'inderogabilità dell'efficacia retroattiva si ponga alla base di problematiche di rilievo costituzionale (sostanziale)<sup>1664</sup>.

L'esperienza tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen* suggestiona la giustizia costituzionale sotto più profili.

In primo luogo, rispetto al raccordo tra Tribunale costituzionale e organo detentore del potere legislativo<sup>1665</sup>.

Una disposizione del dato temporale degli effetti delle pronunce di incostituzionalità coordinata permette alla Corte di tracciare i confini dello spazio discrezionale del legislatore<sup>1666</sup>.

Di qui, la rilevanza del *Frist* quale perimetro per l'esercizio del potere legislativo entro il tracciato costituzionale al fine di promuovere una rimozione congiunta del vizio di legittimità costituzionale.

In caso contrario, il Giudice costituzionale è tenuto a “fare tutto da solo”.

---

<sup>1663</sup> Similmente, ad esempio, a quanto avviene nel “vicino” sistema di giustizia costituzionale francese, il quale, pur presentando rilevanti problematiche con riferimento alla flessibilizzazione degli effetti delle pronunce, sancisce comunque, in capo al *Conseil constitutionnel*, la possibilità di modulare l'efficacia della decisione di *non conformité* all'art. 62, il quale stabilisce che: “*Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*”. Sul punto si veda S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, cit., 240-261.

<sup>1664</sup> C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit.

<sup>1665</sup> Non si può sottacere quanto accaduto recentemente con riferimento al caso Cappato: nell'ottica di un raccordo Corte-Parlamento, sui quotidiani nazionali il 18 settembre 2019 è stata pubblicata la notizia relativa alla chiamata informale da parte del Presidente del Senato Casellati alla Consulta al fine di chiedere un rinvio dell'udienza calendarizzata il 24 ottobre 2019.

Si consideri che, qualora la Consulta avesse ritenuto di venire incontro ad una simile richiesta, la tecnica decisoria che avrebbe utilizzato la Corte costituzionale sarebbe stata del tutto simile alla decisione di incompatibilità “*Beamtenkinder*” (BVerfGE 99, 300) adottata dal *BVerfG*, in cui, alla luce dell'inerzia legislativa, il *BVerfG* avrebbe previsto un ultimo termine al legislatore al fine di permettere allo stesso di intervenire sulla disciplina incostituzionale.

Inoltre, mediante un comunicato stampa, la Consulta ha ritenuto di comunicare che “con riferimento alla notizia pubblicata sul sito delle Iene di una telefonata del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi in merito alla udienza del 24 settembre sul caso Cappato, l'Ufficio stampa della Corte costituzionale fa sapere che la notizia è assolutamente falsa”.

<sup>1666</sup> U. STOY- SCHNELL, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale*, Frankfurt am Mein, 1998, p. 217; di recente, valorizza l'importanza della collaborazione tra i due organi anche F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (5 giugno 2015) e in *Quad. cost.*, 2015, 727 ss.

Come si è già avuto modo di accennare, si considerino le criticità sottese, ad esempio, alla mancata riforma del codice penale del 1930, il quale ha dato peraltro luogo ad un sistema penale “disorganico e impreciso”<sup>1667</sup>, oltre che non in linea con il quadro valoriale tracciato dalla Carta costituzionale.

Del tutto significativo, in quest’ottica, è il recentissimo comunicato stampa in merito alla decisione definitiva sulla “saga Cappato”, pubblicato sul sito ufficiale della Corte costituzionale il giorno 25 settembre 2019, su cui tanto si è già detto nel corso dello studio. Per la sua rilevanza è opportuno qui riportare integralmente il testo del comunicato: “La Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni sollevate dalla Corte d’assise di Milano sull’articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell’aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita.

In attesa del deposito della sentenza, l’Ufficio stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell’articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

La Corte sottolinea che l’individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell’ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già sottolineato nell’ordinanza 207 del 2018.

Rispetto alle condotte già realizzate, il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate”.

Come è possibile intuire dalla semplice lettura del comunicato, il Giudice delle leggi, nel dichiarare la non punibilità<sup>1668</sup> di chi, a determinate condizioni, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio (si tratta di quelle condizioni identificate nell’ord. n. 207 del 2018), ha inteso richiamare il legislatore, il quale è nuovamente tenuto ad intervenire in materia di fine vita con un’appropriata disciplina: il fine dell’ord. n. 207 del 2018 era stato proprio quello di differire

---

<sup>1667</sup> Cfr. M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionale del legislatore in materia penale*, cit., 9.

<sup>1668</sup> Nonostante la libertà degli esiti decisionali possibili, il Giudice delle leggi ha quindi tenuto un comportamento coerente con l’accertamento operato nell’ord. n. 207 del 2018.

nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità così da “consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un’appropriata disciplina”<sup>1669</sup>.

Ed ecco che, a fronte dell’assenza di un intervento legislativo, la Consulta ha ritenuto di individuare nell’ordinamento giuridico una forma di tutela dei singoli facendo leva sulla normativa già esistente in tema di fine vita<sup>1670</sup>: ecco la (manifesta) rilevanza che assume, ancora una volta, il tema dell’accordo tra Consulta e organo detentore del potere legislativo.

Pur non potendo oggi esprimere un giudizio articolato e definitivo sulla vicenda, non disponendo ancora delle motivazioni della pronuncia, è possibile sin d’ora sottolineare positivamente la scelta della Corte, che già aveva tentato, con la citata ord.n. 207 del 2018, una prima forma di dialogo con il legislatore, di limitare il più possibile l’ambito del proprio intervento, divenuto poi necessario a fronte della totale inerzia del Parlamento. Nello stesso senso, sembrano apprezzabili sia la scelta di ancorare le condizioni in grado di escludere la punibilità del soggetto agente, ai sensi dell’art. 580 c.p., a misure e procedure già previste da leggi dello Stato, sia la esigenza dimostrata dalla Corte di sottolineare la necessità di un ulteriore ed organico intervento del legislatore in grado di mettere definitivamente ordine nella disciplina, anche penale, del fine vita.

In un’ottica differente, il caso Cappato conferma l’idea che la collaborazione tra la Corte e il Parlamento potrebbe muoversi proprio nella direzione di una possibile introduzione della separazione tra il momento dell’accertamento e di quello della dichiarazione dell’incostituzionalità<sup>1671</sup> senza sacrificare il nesso di incidentalità. In questo senso rilevano le decisioni di incompatibilità in cui il legislatore è tenuto a “ripulire” con effetto retroattivo il vizio di legittimità costituzionale; affinché un simile modello possa funzionare, tuttavia, è necessario dotare - per quanto possibile - il raccordo tra Corte e Parlamento di un certo grado di vincolatezza giuridica<sup>1672</sup>.

---

<sup>1669</sup> Come scritto in apertura al terzo capitolo, Panebianco aveva affermato la necessità che in occasione della futura sentenza sul caso Cappato la Corte costituzionale chiarisse il rapporto con il legislatore in un’ottica di giurisprudenza temporalmente manipolativa. Cfr. M. PANEBIANCO, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del Parlamento. Note “inevitabilmente intermedie”*, cit., 8.

<sup>1670</sup> Cfr. C. MELZI D’ERIL, G. E. VIGEVANI, *Caso Cappato, il coraggio dei magistrati e l’indifferenza del Parlamento*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 2019.

<sup>1671</sup> Tale scissione necessiterebbe di una modifica dell’art. 136 Cost. Così C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 10.

Si consideri, peraltro, che la Corte costituzionale ha adottato una tecnica simile: sent. n. 467 del 1991; 125 e 256 del 1992. Secondo Pinardi, mediante tali decisioni la Corte costituzionale lascia intendere la necessità di preservare l’ordinamento giuridico dal determinarsi di “vuoti” normativi. In questo senso R. PINARDI, *La Corte accoglie una questione fondata: verso un nuovo “modello” di risposta giurisprudenziale al protrarsi dell’inerzia legislativa?*, in *Giur.cost.*, 1995, 2035.

<sup>1672</sup> Una proposta vicina al modello tedesco delle *Unvereinbarkeitserklärungen* pure è stata avanzata da Giunta, la quale, pur senza menzionare tale strumento decisionale, consisterebbe nella sospensione delle leggi *sub judice* sulla falsariga di quanto di fatto previsto dalla l. n. 35 l. n. 87/29153 nei giudizi in via principale. Così C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’ordinanza Cappato*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2019, 18.



Sulla scorta dell'esperienza tedesca e in una prospettiva *de iure condendo* (decisamente creativa), una significativa riforma costituzionale che si muova in tale direzione potrebbe essere presa in considerazione dal legislatore costituzionale (anche in questo caso, prevedendo sempre l'efficacia retroattiva nel giudizio *a quo*).

Come si è visto, nell'ordinamento tedesco le decisioni del *BVerfG* hanno forza di legge e vincolano tutti gli organi costituzionali; è vero che tale fondamento è previsto in una fonte di primo grado, ed è pur vero, a livello dogmatico, che l'obbligo da parte del legislatore tedesco di rispettare il *decisum* del *BVerfG* si basa su norme costituzionali: tuttavia, forse sarebbe opportuno valorizzare quanto previsto dall'art. 136, secondo comma, Cost., il quale, pur facendo riferimento ad una valutazione di opportunità di intervento da parte delle Camere e dei consigli regionali interessati, sembra comunque rappresentare “un vincolo esplicito e dinamico [...] del seguito legislativo”<sup>1673</sup>. Un possibile rafforzamento del raccordo tra legislatore potrebbe realizzarsi quindi per il tramite di una riforma costituzionale, più precisamente attraverso la modifica dell'art. 136 II Cost.

Si legittimerebbe così la possibilità per la Corte costituzionale di fissare un termine in capo al legislatore, prassi peraltro certamente non sconosciuta nel nostro sistema di giustizia costituzionale, come si è avuto modo di vedere.

Nel caso in cui, sulla scorta di esigenze di tipo costituzionale la Corte costituzionale ritenga di non potere rinunciare ad una forma di modulazione degli effetti nel tempo con ciò operando un differimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo contraddistinto da una clausola di irretroattività, allora si potrebbero individuare due possibili soluzioni che verranno esposte in ordine decrescente in base alla loro concreta (ma eventuale) “agevole” possibilità di realizzazione, consci, tuttavia, che l'accoglimento di una delle tre possibili proposte presenta rilevanti difficoltà, al punto da suggerire, forse, l'opportunità da parte del legislatore di prenderle in esame tutte quante, lasciando così alla Corte lo spazio di muoversi sulla scia del bilanciamento *previa* identificazione di una elastica disciplina degli effetti.

È pur certo tuttavia, che la prima soluzione che verrà delineata sembra comunque quella più rispettosa di un “ritorno” alle origini della giustizia costituzionale, comprensivo, in un contesto di efficacia *ex nunc*, del “premio di cattura” tipico del sistema di giustizia costituzionale austriaco<sup>1674</sup>, tale da tutelare il caso singolo e al tempo stesso l'ordinamento nel suo complesso.

---

<sup>1673</sup> G. DI GENIO, *Moniti al legislatore ed “esigenze di normazione” nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>1674</sup> Cfr. N. SONNTAG, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in (a cura di D. BUTTURINI - M. NICCOLINI), “Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 172. Cfr. anche M. SCHWENKE, *Ist eine “Ergreiferprämie” nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998*, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91, in DStR, 1999.

a) alla luce di un'indagine istruttoria<sup>1675</sup> adeguata, la Corte costituzionale potrebbe differire nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sulla base di una rigorosa regolamentazione di tutti gli aspetti legati alle conseguenze della limitazione o della "sospensione" dell'efficacia retroattiva e dei casi in cui tale rilevante e significativa deroga possa avere luogo in via del tutto eccezionale (come non avvenuto con riferimento all'esperienza tedesca), sempre secondo una riforma "kelsenianamente orientata" dell'art. 30, comma terzo Cost.<sup>1676</sup>

In questo senso rileva il d.d.l Lanzillotta, il quale ha ritenuto di procedere ad una forma di regolamentazione "scarna" dei casi in cui può la Corte avrebbe potuto legittimamente operare una modulazione degli effetti nel tempo. All'art. 1 l'A.S. 1952 aveva previsto che "c) al terzo comma dell'articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali»".

La formulazione "generica" si avvicina molto al primo progetto di modifica dell'art. 79 del *BVerfGG*: la distensione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità è stata prevista in entrambi i casi, i quali, occorre ribadirlo, avrebbero comunque lasciato "carta bianca" al Giudice costituzionale tedesco e a quello italiano.

Forse però, guardando alla comune linea di tendenza, si potrebbe considerare che alla base di un'eventuale positivizzazione della manipolazione degli effetti delle pronunce di incostituzionalità nel tempo possa esservi un eccessivo irrigidimento delle cause che legittimerebbero i Tribunali costituzionali a derogare all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

b) si potrebbe - con la dovuta cautela, consapevoli della rilevante problematicità che essa presenta - immaginare una terza soluzione, di *genere* diverso, improntata ad un'efficacia *tout-court* meramente *ex nunc*, accompagnata dalla collaborazione del legislatore e dei giudici (sulla falsa riga, in linea di massima, delle decisioni di incompatibilità *altre* rispetto alla variante "pura").

Una simile ipotetica ed *estrema* soluzione potrebbe discendere dalla considerazione per cui salvare il solo giudizio *a quo* dalla prevalenza della *lex* violerebbe il principio di uguaglianza (oltre che il correlato principio del diritto di difesa).

Al netto della preferenza per il primo modello prospettato, forse, sulla base di una riforma elastica della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, potrebbe rendersi anche

---

<sup>1675</sup> Cfr. M D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 31-32; sull'indagine istruttoria posta in essere dal *BVerfG* si veda G. REPETTO, *I poteri della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 299 e ss.

<sup>1676</sup> Secondo Kelsen era auspicabile che si producesse l'effetto retroattivo nel processo *a quo* e che il legislatore avesse il tempo necessario per "preparare una nuova legge [...]"; cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1981, 199.

opportuno lasciare al Giudice costituzionale la scelta della via -in uscita- costituzionalmente obbligata più vicina al *punto di minor sofferenza*<sup>1677</sup>, vagliando attentamente tutte le possibilità, considerato che, di fatto, nel caso *a*) di una modulazione “sregolata” priva di base giuridica, *b*) della previsione di una modulazione rispettosa del principio dei retroattività nel *solo* giudizio *a quo* e *c*) di una modulazione *tout court* irrispettosa del principio di retroattività, comunque si assiste alla lesione di un principio costituzionale, sia esso il principio di uguaglianza o il principio del diritto di difesa (o di entrambi).

Certamente non sarà facile prevedere una modifica idonea della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento ispirata al modello tedesco: ad ogni ipotesi *de iure condendo* corrispondono rilevanti difficoltà.

Eppure, allo stato attuale, quello che forse è certo, è che la soluzione di chiudere gli occhi<sup>1678</sup> dinanzi alle esigenze<sup>1679</sup> percepite dal Giudice delle leggi non darebbe conto del contesto entro cui esso si muove, il quale talvolta, in ragione proprio del rispetto del principio della superiorità della Costituzione, dovrebbe potere precludere all’efficacia retroattiva di agire nella direzione della *maggiore incostituzionalità*, lasciando lo spazio al legislatore per riportare in auge, per il tramite di un buon utilizzo del proprio spazio discrezionale, una *maggiore costituzionalità*<sup>1680</sup>.

---

<sup>1677</sup> R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in (a cura di) R. ROMBOLI, “Aggiornamenti in tema di processo costituzionale” (1990-1992), Giappichelli, Torino, 1993, 108.

<sup>1678</sup> In questo senso la dottrina di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 214, i quali fanno riferimento alla disciplina degli effetti in questione quale “comodo limite” a fronte del quale continuare ad operare una modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento. Ancora, si veda M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 35.

<sup>1679</sup> Non è un caso che il Giudice delle leggi abbia ritenuto di far discendere un parziale effetto caducatorio da un’ordinanza. Cfr. C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’ordinanza Cappato*, cit., 16. Occorre inoltre considerare che ogni possibile interpretazione della giustizia costituzionale corrisponde, di per sé, ad una possibile interpretazione della Costituzione stessa. Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 334.

<sup>1680</sup> In quanto “il tempo della Corte non è indipendente dal tempo del legislatore”, in M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale*, cit., 17.

## Bibliografia

- G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli, 1957.
- N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, in DöV, 1977.
- U. ADAMO, *La Corte è 'attendista... "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale"*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in Forum di Quaderni costituzionali, 2018.
- M. AINIS, *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in Rivista AIC, 2010.
- G. AMOROSO., G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015.
- F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in Rivista AIC, n. 00 del 02/07/2010.
- L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in Forum di Quaderni costituzionali, 23 aprile 2015.
- A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in Giur.cost., 1992.
- A. ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in Giur.cost, 1993.
- A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in Rivista AIC, n. 2/2015.
- A. ANZON DEMMIG., *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in AIC, Osservatorio costituzionale, 29 settembre 2015.
- A. ARNDT, *Das Bundesverfassungsgericht*, in DVBl, 1952.
- H. W. ARNDT, *Gleichheit im Steuerrecht*, in NVwZ, 1988.
- G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in Cinquant'anni di Corte costituzionale, Tomo I, 2006.
- G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Guiffè, Milano, 1951.
- G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in A.A.V.V, Scritti giuridici in onore di A. Scialoja, Bologna, vol. IV.
- B. BACCARI, *Natura giuridica delle pronunzie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale*, in La Corte costituzionale (raccolta di studi), Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1957.
- A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in Giur.cost, 1973.
- A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in Rivista AIC, 2015.

- M. BARBERO, *Prime indicazioni della corte costituzionale in materia di federalismo fiscale*, in *federalismi.it*, 2004.
- R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019.
- G. BATTAGLIA, *Sull’ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- M. BATTAGLINI - M. MININNI, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Padova, 1957.
- U. BATTIS, *Handbuch des Staatsrechts. Normativität und Schutz der Verfassung*, 2015.
- G. BATTISTACCI, *Indicazioni di alcune questioni di raccordo tra giustizia ordinaria e processo costituzionale*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario, 13-14 novembre 1989.
- M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*, 2010.
- E. BENDA - E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrecht*, Müller, Heidelberg, 1991.
- P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in *ZRP*, 2009.
- G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019.
- H. BETHGE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportwetten-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVB1*, 2007.
- H. BETHGE, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2014.
- H. BETHGE, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2018.
- H. BETHGE, in (a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2019.
- K. BETTERMANN, *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?* In *DVB1*, 1982.
- R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, UTET giuridica, Milano, 2006.
- M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018.
- R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2015.
- F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2014.

- F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2017.
- S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 17.
- G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- D. BIRK, *Das Gebot des gleichmässigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9 März 2004 – 2 BvL 17/02*, in *FR*, 2004
- J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998.
- C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- S. BRAUM, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?* in *ZRP*, 2004.
- C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma nvia un severo monito al legislatore*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it), 2017.
- C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it), 2019.
- P. F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord.n. 207/2018)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- M. BREUER, *Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt. Überlegungen zur Ratio der fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt*, in *DVBl*, 2008.
- H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung (§ 79 BVerfGG)* in *DÖV*, 1973.
- W. BROHM, *Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?* in *NJW*, 2001.
- A. BURGHART, *Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam?* in *NJW*, 1998.
- C. BURKICZAK in (a cura di C. BURKICZAK, F. W. DOLLINGER, F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgesetzesgesetz*, C. F. Müller, 2015.
- M. BROER, L. JARASS, *Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung*, in *BB*, 2018.
- G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019.



- G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in [articolo29.it](http://articolo29.it), 26 giugno 2014.
- L. BUSATTA, *Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra avversari e tenuta dei principi costituzionali*, in [www. BioLaw Journal](http://www.BioLawJournal.it) - Rivista di BioDiritto, n. 3/2018, 6. Si veda in questo senso anche la sent. n. 27 del 1975.
- D. BUTTURINI, M. NICOLINI, (a cura di) *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.
- I. CACCIAVILLANI, *Il disagio costituzionale*, CEDAM, Padova, 2001.
- G. CAMPANELLI, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958.
- A. CAPITTA, *Equa riparazione/Ragionevole durata del processo - Corte cost.*, n. 88 del 2018, in [archiviopenale.it](http://archiviopenale.it), 2018.
- R. CAPONI, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2010.
- P. A. CAPOTOSTI, in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2007*.
- M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1972.
- M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in *giurcost.*, 1967.
- L. CAPPuccio e G. MARTINICO, *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.
- B. CARAVITA, *Corte, giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi*, Cedam, Padova, 1985.
- M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [costituzionalismo.it](http://costituzionalismo.it), 2014.
- L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur.cost.*, 1981.
- P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019.
- P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'autoattribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015.
- P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014.

- S. CASSESE, R. PEREZ, *Manuale di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 2009.
- S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015.
- S. CATALANO, *La questione prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.
- S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Collana del Gruppo di Pisa, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- E. CATELANI, “Due pesi e due misure” nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una *fiction litis*, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere, in [confronticostituzionali.eu](http://confronticostituzionali.eu), 2014.
- E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, di Pisa, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- S. CECCANTI, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 20 maggio 2015.
- A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di) F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, I “vincoli” alla funzione legislativa, Milano, 1999.
- A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffré, Milano, 2004.
- G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- E. CHELI, *La Corte costituzionale nel quadro della forma di governo italiana*, in *Associazione per gli studi e le tecniche parlamentari. Seminari 1989-1990. Quaderni per le ricerche parlamentari*, Giuffré 1991.
- O. CHESSA, *Fondamenti e implicazioni della norma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016.
- I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, CEDAM, Padova, 1996.
- P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l'indefinito*, in *Giur.cost.*, 2002.
- P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in (a cura di R. ROMBOLI), *Atti del Seminario del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 1990.

- V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in Cinquant'anni di Corte costituzionale, 2006.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1993.
- E. CRIVELLI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo*, in La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, di Pisa, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, associazionedeicostituzionalisti.it, 2010.
- F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.
- C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in dirittopenalecontemporaneo.it, 2018.
- C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, in penalcontemporaneo.it, 2019.
- P. CURCI, *La Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1956.
- F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in forumcostituzionale.it, 2019.
- M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Collana del Gruppo di Pisa, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in Forum di Quaderni costituzionali, 3 aprile 2015.
- M. D'AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale e trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?* in Quaderni costituzionali, 3/2015.
- M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1991.
- M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* in Giur. cost., 1993.
- M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Giappichelli, Torino, 1993.
- M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993.
- M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, Giuffrè, 1994.
- M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudice e legislatore*, in forumcostituzionale.it, 2015.
- M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in GenIUS, 2015.
- M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in Rivista AIC, 2016.
- M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in gruppodipisa.it, 2017.

- M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019.
- M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, 2019.
- F. DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970.
- A. A. DEMMING, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista Aic*, 2015.
- A. DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Rivista Aic*, 2015.
- E. DENNINGER, *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c. della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993.
- D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta online*, 2016.
- M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- M. DI BARI, *Commento "a caldo" della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?* in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 2014.
- R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2004.
- G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 giugno 2016.
- G. DI GENIO, *Moniti al legislatore ed "esigenze di normazione" nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, in [Giur.cost.it](http://Giur.cost.it), 2010.
- V. DI PASQUA, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità: Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, ottobre 2015.
- G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2017.
- G. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019.
- G. D'ORAZIO, *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
- G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni Comunità, Milano, 1981.

- K. DRÜEN, *Haushaltsvorbehalt bei der Verwerfung verfassungswidrige Steuergesetze? Budgetärer Dispositionsschutz durch Aussetzung der Vollziehung nach den Beschlüssen des BVerfG zum Kinderleistungsausgleich*, in FR, 1999.
- D. EISELE, *Einheitsbewertung des Grundvermögens für Zwecke der Grundsteuer verfassungswidrig*, in NWB, 2018.
- L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio, anzi, forse due*, Giur.cost., 1970.
- C. ESPOSITO, *Il contratto giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954.
- U. EVERSLOH, *Die Woche im Steuerrecht*, in BB, 2018.
- C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015*, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo 2/2015.
- M. FEICK e T. HENN, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31 Dezember 2008: darf das alte Recht weiter angewandt werden?* in DStR, 2008.
- E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionali*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2004.
- S. FINOCCHIARO, *Le sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in penalecontemporaneo.it., 2019.
- S. FOIS, *La crisi delle istituzioni*, in Dir e soc., 1992.
- G. FOLKE SCHUPPERT, *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, in AöR, 1995.
- S. FOIS, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in DÖV, 1970.
- E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in AIC, Osservatorio costituzionale, 2013.
- E. FURNO, *Le modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2016.
- B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen* in RiBFH, 2019.
- R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in Jus, 2015.
- C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in Diritto processuale amministrativo, 2012.
- E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950.

- L. GENINATTI SATE', *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur.cost.*, 2015.
- K. F. GÄRDITZ, *Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht?*, in *NVwZ*, 2004.
- G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *archiviopenale.it*, 2018
- A. GERONTAS, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *DVB1*, 1982.
- A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *federalismi.it*, 2018.
- A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *diritto processuale amministrativo*, 2012.
- V. GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, in *NJW*, 1960.
- C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'"ordinanza Cappato"*, in *dirittifondamentali.it*, 2019.
- A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in (a cura di M. D'AMICO - F. BIONDI), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- K. GRAßHOF, in (Hrsg. C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
- T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffré, Milano, 1997.
- E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di "spesa" che non costino*, Giappichelli, Torino, 1991.
- E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?* in *Quaderni costituzionali*, 2015.
- E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- V. GUELI, *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale?*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, 1950.
- S. GUERRA-G. MÜHLHAUS, *Ist die geplante Rückwirkung des neuen Erbschaftsteuergesetzes auf den 1.7.2016 verfassungswidrig?* in *ErbStB*, 2016.
- C. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2014.
- P. HÄBERLE, *"Geheimwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in *AöR*, 1970.
- R. HALACINSKY, *50 Jahre Einheitswerte 1964 – Bewertung des Grundbesitzes in den alten Ländern*, *DStR-Beihefter* 2014.



- C. HARTMANN, *Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? - Zur Frage alternativer Rechtsgeltungsbestimmungen im Grundgesetz*, in DVBl, 1997.
- H. HÄUBLER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung*, in NJW, 1982.
- P. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht - Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- J. HEY, *Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der körperl- und gewerbesteuerlichen Organschaft - zugleich ein Plädoyer für einen sparsamen Umgang mit Unvereinbarkeitserklärungen*, in FR, 2001.
- A. HEUSCH in (Hrsg. C. BURKICZAK - F. W. DOLLINGER - F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
- H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung*, in NJW, 1982.
- C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, 2015.
- J. U. HINDLER, A. FELDHAUS, *Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für der Grundsteuer*, in GmbHR, 2018.
- G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, in JZ, 1961.
- W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in DVBl, 1971.
- F. HUFEN - NÖRR - STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen - Teil 1 - Rechtsgutachten*, su commissione del Ministero federale delle finanze, 2008.
- A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in (a cura di M. D'AMICO - F. BIONDI), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- F. JERUSALEM, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Südweststaat-Streit*, in NJW, 1952.
- F. JÜLICHER, *Verfassungsbeschwerde gegen Urteile gesetzgeberischen Unterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot.
- J. KINZIG, *An den Grenze des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, in NJW, 2004.
- M. JESTAEDT, *Eine deutsche Perspektive*, in (a cura di J. MASING, O. JOUANJAN) *Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- U. KARPENSTEIN, BVerfGG, in BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald 4. Edition, 2017.
- H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1981.

- F. KIRCHHOF, *Die Verwaltungshaftung zwischen bund und Ländern*, in NVwZ, 1994.
- P. KIRCHHOF, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetze*, in DStR, 2015.
- D. KLEIN, *Das BVerfG kippt ein steuerliches Fossil*, in LTO, 2018.
- M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker&Humblot, Berlin, 1993.
- A. KNESER, *Der Einfluß der Nichtigkeitserklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen § 79 BVerfGG*, in AöR, 1964.
- S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.
- A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in Rivista AIC, n. 2/2015.
- G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Corte costituzionale-Servizio Studi, 2019.
- S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.
- H. LECHNER-R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Beck, München, 2019.
- G. LEO, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in penalecontemporaneo.it, 2013.
- P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der "Annäherung" an den verfassungsgewollten Zustand*, in DÖV, 1971.
- S. LIETO, *Trattare in modo uguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in Forum di Quaderni costituzionali, 17 maggio 2015.
- M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2016.
- G. LIGUGNAGA, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione ed effettività della tutela*, in Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2014.
- D. LÖHR, *Beschlussmodell der Landerfinanzminister zur Grundsteuerreform: Der große Wurf?*, in DStR, 2016.
- A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra Corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in Rivista AIC, 2017.
- M. LÖWISCH, *Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere für private Verhältnisse*, in JZ, 1961.

- M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in A.A.V.V., in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
- J. LUTHER, *La Verfassungsbeschwerde: mito o meta?*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, (a cura di) A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino, 2000.
- J. LUTHER, *Giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in *Esperienze di Giustizia costituzionale*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2000.
- J. LUTHER, *Corte "incappata"?* in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019.
- H. MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in FS Werner Weber, 1974.
- MAUNZ, *Das verfassungswidrige Gesetz*, in BayVBl. 1980.
- L. MADAU, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- V. MANZETTI, *La tutela dei Dritti sociali nello "Stato delle crisi"*, in [nomos-letteraturaneldiritto.it](http://nomos-letteraturaneldiritto.it), 2015.
- V. MARCENO'-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018.
- C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2019.
- M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in [osservatoriosullefonti.it](http://osservatoriosullefonti.it), 2019.
- I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in [costituzionalismo.it](http://costituzionalismo.it), fascicolo 1/2015.
- M. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in Riv. Trim. dir. Pubbl, 1972.
- C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996.
- L. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, CEDAM, Padova, 2000.
- G. F. MENDES, *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor de, brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

- C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *Caso Cappato, il coraggio dei magistrati e l'indifferenza del Parlamento*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 2019.
- D. MESSINEO, *"Accadde domani": l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin tax"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- S. MEYER, *Erweiterter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nach einer Unvereinbarerklärung*, in *JZ*, 2017.
- C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- C. MEZZANOTTE, *Il contenimento degli effetti della retroattività delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
- M. MOCHEGANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. CRISAFULLI*, I, Scritti sulla giustizia costituzionale, Padova, 1985.
- F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
- C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1977.
- C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in *StuW*, 1/2008.
- G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, 1984.
- E. MORANDO, *La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2015.
- A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistematica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine) di Corte cost. n. 10/2015*, [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2015.
- M. MORELLI, *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accertamento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta"*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989.
- J. MORITZ, *Das "dritte Geschlecht" und das Abstammungsrecht*, in *FamRZ*, 2018.
- A. MORELLI, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Consulta online*, 2015, fascicolo II, estratto.
- A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014.

- A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in federalismi.it, 20 maggio 2015.
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in Foro it., 1970.
- C. MORTATI, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Mortati, Milano, 1964.
- H. MÜLLER, *Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzteiles das ganze Gesetz nichtig?* In DVBl, 1964.
- C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in Forum di Quaderni costituzionali, 3 settembre 2015.
- A. M. NICO, *La Corte costituzionale con la sentenza n. 88 del 2018 chiude la questione della proponibilità nel corso del giudizio della domanda di indennizzo per la ragionevole durata del processo*, in AIC, Osservatorio costituzionale, 2018.
- M. NICOLINI, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in (a cura di D. BUTTURINI, M. NICOLINI), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2014.
- R. NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in federalismi.it, 2017.
- M. NISTICO', *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in Forum di Quaderni costituzionali, 26 maggio 2015.
- N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- T. ÖHLINGER, *L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985.
- E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* in Rivista AIC, 2016.
- V. ONIDA, *Problemi e fasi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi*, in Giur.cost., 1988.
- V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967.

- V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, 1993, Giuffrè, Milano.
- A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, in Giur. Cost., 1998.
- A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in Rivista AIC, 2015.
- A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto d'agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.
- C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in federalismi.it, 2015.
- L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989.
- M. PANEBIANCO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del Parlamento. Note "inevitabilmente intermedie"*, in nomosletteraturaneldiritto, 2018.
- S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.
- S. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in Giur.cost., 1989.
- S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in Giudizio "a quo" e promovimento nel processo costituzionale, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- C. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013.
- C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, in forumcostituzionale.it, 2015.
- D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/208 della Corte costituzionale*, in cortisupremeesalute.it, 2018.
- G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.
- G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in romatrepress.uniroma3.it, 2018.
- F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in questionegiustizia.it, 2018.
- P. PASSAGLIA, E. BOTTINI (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, 2014.



- F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.
- C. PESTALOZZA, *Das Sportwetten-Urteil des BVerfG*, in NJW, 24/2006.
- L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987.
- L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in Giur.cost, 1994.
- F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale"; natura, efficacia, esecuzione*, in Riv. it. sc. giur., 1954.
- F. PIERANDREI, *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione* in Giur.it, 1949.
- R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffré, Milano, 1993.
- R. PINARDI, *La Corte accoglie una questione fondata: verso un nuovo "modello" di risposta giurisprudenziale al protrarsi dell'inerzia legislativa?* in Giur.cost, 1995.
- R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffré, Milano, 2007.
- R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in Consulta online, fascicolo I, 2015.
- R. PINARDI, *Sostituzione, con effetti retroattivi limitati nel tempo, di una disciplina solo originariamente incostituzionale (ovvero: la sent. n. 80 del 2014 come pronuncia "complessa")*, in Giur.cost., 2014.
- R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, in Forum di Quaderni costituzionali, 1 settembre 2015.
- R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- R. PINARDI, *Brevi note sull'"effettività" delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in (a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI) "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.
- G. PINO, *La Certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in Diritto pubblico, il Mulino, Bologna, 2018.
- A. PISANESCHI, *Le sentenze di "costituzionalità provvisoria" e di "incostituzionalità dichiarata": la transitorietà nel giudizio incidentale*, in Giur.cost., 1989.
- F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, in medialaws.it, 2019.

- A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 134 Cost.*, Zanichelli, Bologna, 1981.
- A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, in "Il foro italiano", Roma, 1984.
- A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in giurcost.it, 1988.
- A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in (a cura di R. ROMBOLI), *La giustizia costituzionale a una svolta*, 1990.
- A. PIZZORUSSO in (a cura di V. ANDRIOLI), *Studi sulla giustizia costituzionale*, nel volume di Andrioli, Giuffr , Milano, 1992.
- A. PIZZORUSSO, *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?* in Il Corriere Giuridico, 1993.
- A. POHLE, *Die Verfassungswidrigerkl rung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt/M, 1979.
- M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattivit  della sentenza di accoglimento*, in Osservatorio AIC, 2015.
- F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997.
- S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco*, in penalecontemporaneo.it, 2011.
- F. PREISER, *Rechtsaatswidrige Rechtsunsicherheit*, in D V, 1968.
- S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in Bio Law Journal, Rivista di BioDiritto, 2018.
- A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialit  costituzionale*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.
- A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *"Effettivit " e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.
- D. PULITANO', *La misura delle pene, fra discrezionalit  politica e vincoli costituzionali*. Dir. pen. cont, 13, 2017.
- I. PUPPE, *Zur zeitlich begrenzten Weitergeltung verfassungswidriger Gesetze*, in DVBl, 1970.
- P. QUINTO, *La specificit  della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"*, www.giustamm.it, 2011.
- A. RAPPOSELLI, *Illegittimit  costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo tipo" di sentenze additive?*, in AIC, Osservatorio costituzionale, 2015.
- G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: pu  un'ordinanza chiedere al Palamento di legalizzare il suicidio assistito?* in dirittifondamentali.it, 2018
- E. REDENTI, *Legittimit  delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffr , Milano, 1957.
- G. REPETTO, *I poteri della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalit  del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?* in [dirittifondamentali.it](http://dirittifondamentali.it), 2015.
- V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffré, Milano, 1939.
- R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in (a cura di R. ROMBOLI), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.* 2010.
- R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista Aic*, 2011.
- R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*. AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81*, Giuffré, Milano, 1993.
- R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, [romatrepress.uniroma3.it](http://romatrepress.uniroma3.it), 2016.
- R. ROMBOLI, *La determinazione del dies a quo per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, in *Giur.cost.*, 1991.
- R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019
- O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in [osservatoriosullefonti.it](http://osservatoriosullefonti.it), 2019
- M. T. RÖRIG, *Germania*, in (a cura di P. PASSAGLIA), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio Studi-Corte costituzionale, 2014.
- M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2018.
- E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2019
- W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AöR*, 1996.
- A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (A prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta online*, fascicolo I, 2015.

- A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015, in *Questione giustizia.it*, 27 luglio 2015.
- A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online*, 2014.
- A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Gruppodipisa.it*, 2010.
- A. RUGGERI, *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffré, Milano, 1990.
- A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *giurcost.org*, 2018.
- A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l’ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova, Cedam, 2000.
- M. RUOTOLO, *Ambiguità della Corte o arbitrio del giudice? Il “seguito” abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*, 2015.
- M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur.cost*, 1999.
- W. RUPP-V. BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, in *AöR*, 1977.
- M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagggesetz*, in *NVwZ*, 1982.
- M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?* in *NVwZ*, 1982.
- M. SACHS, *Alternative Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des BVerfG*, in *DÖV*, 1982.
- M. SACHS, *Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen “in Verbindung mit” anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechte) zu sprechen?* a cura di (S. KEMPNY - P. REIMER) in *Gleichheitssatzdogmatik heute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- M. SACHS, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, Vahlen, München, 1977.
- H. SÄCKER, *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, in *BayVBl*, 1979.
- F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in *E Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988)*, Milano, 1989.

- A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *forumcostituzionale.it*, 2004.
- G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *federalismi.it*, 2015.
- G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019* in Osservatorio sulle fonti, 2019.
- G. SALVADORI, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- W. SANDTNER, *Die abgestufte Nichtigkeit eines Rechtsatzes*, in *BayVBl*, 1969.
- B. SANGMEISTER, *Verfassungsrechtliche Grenzen für den iudex distribuens*, in *NVwZ*, 2000.
- W. R. SCHENKE, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, in *NJW*, 1999.
- S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood tax e legislatore senza terra*, in *Consulta online*, fascicolo I, estratto, 2015.
- W. SCHEFFLER, *Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer - wie konnte eine Lösung aussehen?* in *BB*, Die erste Seite, 2018.
- W. SCHEFFLER, M. ROITH, *Leitlinien für eine Reform der Grundsteuer*, in *ifst-Schrift* 526, 2018.
- U. SCHEUNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in *DöV*, 1980.
- W. SCHICK, *Verfassungswidrige, aber "gültige" Steuergesetze?* in *JZ*, 1969.
- C. SCHLAICH - S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, c.h. Beck, München, 2018.
- H. SCHMITZ e P. STAMMLER, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilstwirkungen*, in *AöR*, 2011.
- H. P. SCHNEIDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, in *NJW*, 1980.
- F. SCHOCH, *Der Gleichheitssatz*, in *DVBl*, 1988.
- G. F. SCHUPPERT, *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht*, in *AöR*, 1995.
- M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, in *DStR*, 1999.
- M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar, Köln, 2014.
- V. SCHÜTTE, *Parteifinanzierung: Die doppelte Wende des Bundesverfassungsgerichts und die Folge*, in *kritische Justiz* Vol. n. 26, No. 1, 1993.
- A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta online*, fascicolo II, estratto, 2015.

Servizio studi della Corte costituzionale *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2019*, 2019.

M. SICA, *Graduazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale e garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale nella sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax*, in *Rivista della regolazione dei mercati.it*, 2015.

L. SICA, *Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016.

R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996.

R. SEER, *Grundsteuer nach dem Urteil des BVerfG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *BB*, 2018.

R. SEER, *Tritt das Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz zum 1.7.2016 wegen Untätigkeit des Gesetzgebers außer Vollzug?* in *GmbHR*, 2016.

J. SEIPL - J. WIESE, *Strafrechtliche Folgen der Verfassungswidrigkeit der Spekulationsbesteuerung*, in *NStZ*, 2004.

W. SEUFFERT, *Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung*, in *NJW*, 1969.

L. SIEMERS, M.C. WALDENS, D. INNA, *Hat der Vorlagebeschluss des BFH zur Verfassungsmäßigkeit des ErbStG Ankündigungseffekt? Rechtsfolgen des Beschlusses für die Gestaltungspraxis*, in *BB*, 2003.

G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Quaderni costituzionali*, 1989.

G. SILVESTRI, *Relazioni e interventi*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.

H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?* Athenäum, Frankfurt am Main, 1974.

N. SONNTAG, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in (a cura di D. BUTTURINI - M. NICCOLINI), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

D. SORACE, A. TORRICELLI, *La tutela degli interessi tra Corte costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove e o maggiori spese*, in (a cura di) M. CAMMELLI *Le istituzioni nella recessione*, 1984.

G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.

G. SORRENTI, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesploso ma sussistente*, in *federalismi.it*, 2014.



- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Wolters Kluwers, Cedam, 2015.
- F. SORRENTINO, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in *La giustizia costituzionale a una svolta in* (a cura di R. ROMBOLI), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991.
- F. SPAGNOLI, *Sull'ordinanza cappato (Corte Costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- U. SPAGNOLI, *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.
- STAHL, *Das Argument der Finanz- und Haushaltsplanung nach dem Erbschaftsteuerbeschluss vom 7. November 2006*, in *DÖV*, 2008.
- G. STAMPANONI BASSI, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2018.
- M. STEINBEIS, *Sicherungsverwahrung: Abschied von der Normenpyramide*, in *Verfassungsblog.de*, 2011.
- A. STEVENATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2018.
- K. STERN, *Das Bundesverfassungsgericht und die sog. konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Absatz 1 GG*, in *AöR*, 1966.
- U. STOY-SCHNELL, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte costituzionale*, Frankfurt am Main, 1988.
- C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018
- M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in in (a cura di M. D'AMICO - F. BIONDI), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 dicembre 2015.
- M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, fascicolo n. 3/2017.

- L. VENTURA, *Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Giuffré, Milano, 1988.
- H. VON OLSHAUSEN, *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, in JZ, 1967.
- P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- F. VIGANO', *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, 2016.
- P. VIPIANA, *La legislazione negativa. Saggio su un'insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- G. VOLPE, *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in R. ROMBOLI (a cura di) *Accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- T.H YANG, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- W. WEIBAUER - D. HESSELBERGER, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen*, in DÖV, 1970.
- R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999.
- M. WIEMERS, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 10.04.2018 (1 BvL 11/14) -Zur Verfassungswidrigkeit der Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer*, in NVwZ, 2018.
- F. WOLLENSCHLÄGER, *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck, München, 2018.
- F. WOLLENSCHLÄGER, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2018.
- N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in (a cura di M. D'AMICO - F. BIONDI), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista Aic*, 2017.
- G. ZAGREBELSKY - V. MARCENO', *Giustizia costituzionale, II, Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffré, Milano, 1993.
- G. ZAGREBELSKY, (voce) *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1989.

G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè, Milano, 1989.